Die Sozialadäquanz im Zivilrecht

Klaus Zimmermann

1961

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555208_0100

DIE SOZIALADÄQUANZ IM ZIVILRECHT

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität

zu München

vorgelegt von

Klaus Zimmermann

1961

"AKADEMIE-DRUCK", München 13, Adalbertstr. 30

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Prof. Dr. Rolf Dietz

Korreferent: Prof. Dr. Hermann Krause

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1961

INHALTSÜBERSICHT

Seite

1. Teil: DIE LEHRE VON DER SOZIALADÄQUANZ IN LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG 3

1. Kapitel: Die Entwicklung der Lehre von der Sozialadäquanz 3

§ 1 Der Begriff Sozialadäquanz 3

§ 2 Verwendung des Begriffs der Sozialadäquanz in der Rechtsdogmatik 4

1 Die Sozialadäquanz als Grund für eine Tatbestandsvernichtung 4

2 Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund 5

21 Widerspruch gegen Welzel und Nipperdey 5

22 Welzels und Nipperdeys revidierte Meinung 6

§ 3 Die Lehre von der Sozialadäquanz in der Rechtsprechung 8

1 Der Beschluß des Bundesgerichtshofes 8

2 Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes 12

2. Kapitel: Kritik und Fortentwicklung der Lehre von der Sozialadäquanz in einzelnen Stellungnahmen 13

§ 1 Bejahende Stellungnahmen 14

§ 2 Einschränkende Stellungnahmen 17

§ 3 Ablehnende Äußerungen 24

1 ohne positive Lösung 24

2 mit positiver Lösung 27

§ 4 Zusammenfassung und Ergänzung 33

Seite

2. TEIL: BEGRÜNDUNG DES PRINZIPS DER SOZIALADÄQUANZ IM ZIVILRECHT 35

Vorbemerkung 35

1. Abschnitt: Das Verhältnis des Rechts zur Sozialethik (Der Begriff der Sozialadäquanz) 37

1. Kapitel: Sozialadäquanz und Sozialethik 37

2. Kapitel: Die Stellung der Lehre zur Frage der Rechtsentstehung 40

§ 1 Das empirisch-positivistische Rechtsdenken 40

1 Die psychologisierenden Auffassungen 41

11 Bindings Normentheorie 41

12 Bierlings Stufentheorie 41

13 Die Imperativentheorien 42

131 Wundt 42

132 Hold von Ferneck 43

133 Die Überwindung der Imperativentheorie durch Fischer u. Mezger 45

2 Die ältere Interessenjurisprudenz 46

3 Die soziologisch-irrationalen Auffassungen vom Recht 47

31 Ehrlich 47

32 Kantorowicz 47

33 Isay 48

4 Der "naturrechtsfreundliche" Positivismus 49

41 Beling 49

42 Reichel 50

Seite

§ 2 Das Wertdenken als Abkehr vom Positivismus 51

1 Der Neukantianismus 51

11 Das apriorische Rechtsdenken bei Harms 52

12 Die Kulturnormentheorie von Max Ernst Mayer 53

2 Die relativistische Rechtswerttheorie bei Radbruch 53

3 Sauers soziologisch bestimmte Rechtswerttheorie 55

§ 3 Die neuere Auffassung vom Recht (Der soziologische Wertcharakter des Rechts) 56

1 Außergesetzliche Bewertung (nach Esser) 56

2 Phänomenologische Erklärung des Rechts 57

21 Phänomenologische Erklärung im engeren Sinne bei Welzel 57

22 Dynamische Betrachtung bei Engisch 58

23 Typenmäßige Betrachtung bei Coing 59

3. Kapitel: Ergebnis und Auswertung der Betrachtung 60

§ 1 Rechtsquellen und Rechtsentstehung 61

§ 2 Die Rechtsentstehung im Besonderen 64

1 Mindestanforderungen 64

2 Das Verhältnis der Ordnungsregeln zum positiven und Gewohnheitsrecht 69

§ 3 Einordnung des Prinzips 71

1 Verhaltensnormen 71

2 Ausgleichsnormen 72

3 Zusammentreffen einer Ausgleichsnorm mit einer Verhaltensnorm 73

Seite

2. Abschnitt: Elemente des Unrechts (Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund) 75

1. Kapitel: Die Probleme 75

1 Die formelle Seite einer Kollision 75

2 Die materielle Seite einer Kollision 75

3 Die Notwendigkeit der Beseitigung des Widerspruchs 76

2. Kapitel: Die Lehre von der Rechtswidrigkeit 77

§ 1 Die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen das subjektive und objektive Recht 78

§ 2 Die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen das formelle und materielle Recht 81

1 Die Begründung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit 81

2 Die Neubegründung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit durch die soziologische freie Rechtsfindung 83

3 Die Erweiterung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit durch den Grundsatz der Interessensaldierung 85

4 Der Aprioritätsgedanke zur Bestimmung der (materiellen) Rechtswidrigkeit 86

5 Ganzheitliche Betrachtung der Lebensphänomene zur Bestimmung der (materiellen) Rechtswidrigkeit 87

Seite

§ 3 Die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen das positive Recht 91

3. Kapitel: Verwertbarkeit der Lehre von der Rechtswidrigkeit für die Lehre von der Sozialadäquanz 94

1 Konsequenzen der dargestellten Lehren und Einwendungen gegen sie 94

2 Ergebnis für die Sozialadäquanz im Zivilrecht 95

3 Abgrenzung des Handelns, das nach der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit gerechtfertigt ist, von dem Handeln, das kraft Sozialadäquanz rechtmäßig ist 96

3. Abschnitt: Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund im Zivilrecht 97

1. Kapitel: Problemkonzentration 97

1 Die These von der Rechtfertigung des Verhaltens 97

2 Die These von der Rechtfertigung des Handlungserfolges 99

2. Kapitel: Der rechtswidrige Handlungserfolg in der Literatur 100

§ 1 Die Bejahung der Konstruktion des rechtswidrigen Erfolges aus rechtmäßigem Verhalten 101

§ 2 Verneinende Stellungsnahmen zum rechtswidrigen Erfolg aus rechtmäßigem Verhalten 102

§ 3 Vermittelnde Stellungnahmen 104

§ 4 Auswertung der Lehre vom rechtswidrigen Erfolg für die Lehre von der Sozialadäquanz 105

Seite

3. Kapitel: Ergründung eines neuen Prinzips 106

§ 1 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus der Logik 106

§ 2 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus der Sicht des § 823 I BGB 109

1 Der Faktor Zeit (dynamische und statische Normen) 110

2 Die Bedeutung des Wortes "widerrechtlich" in § 823 I BGB 112

§ 3 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus methodischer Betrachtung 114

1 Handlungstypik auf Grund einer (subjektiven) Kausalbeziehung 114

11 Die Bedeutung der Gesamtursache 115

12 Das subjektive Element in der Gesamtursache 116

2 Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit als Ergebnis 117

§ 4 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus der Rechtsordnung 119

1 Das Problem verschiedener "Rechtmäßigkeiten" 119

2 Ausfüllung des § 823 I BGB durch ergänzende Normauslegung 121

3 Die Stellungnahme der Literatur zu dieser Frage 123

§ 5 Weitere Begründung, aber auch Einschränkung des gefundenen Prinzips 124

1 Weitere Begründung 124

2 Die Grenzziehung 125

Seite

21 § 226 BGB 125

22 Die Norm des § 826 BGB 126

23 Die Bestimmung des § 242 BGB 127

§ 6 Ergebnis und Verwendung des gewonnenen Prinzips 129

1 Ergebnis 129

2 Ausweitung des Prinzips 129

3 Das Verhältnis zwischen der neuen und alten Methode der Rechtswidrigkeitsermittlung 129

4 Anwendung des Prinzips 130

4. Abschnitt: Komplementärprobleme 131

§ 1 Die Bezeichnung des Prinzips 131

§ 2 Die Beweislast 132

§ 3 Der Begriff der objektiv erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Absatz I, Satz 2 BGB) 133

1 Verschiedenheit von Rechtswidrigkeit und objektiver Sorgfalt 133

2 Der Begriff der Fahrlässigkeit des § 276 I 2 BGB 134

21 Die Sozialethik und die Norm des § 276 I 2 BGB 134

22 Das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt 137

23 Fahrlässige und unvorsätzliche Handlungen 138

3 Fahrlässigkeit und Verschulden im Zivilrecht 139

31 Das Wesen des Verschuldens allgemein 139

Seite

32 Die objektive Fahrlässigkeit und die individuelle Schuld 140

33 Die individuelle Vermeidbarkeit 141

Schlussbemerkung 143

Literaturangabe 144

Abkürzungsverzeichnis 149

Einleitung

1. Seit Beling[1] gliedert[2] man das Verbrechen in drei Schichten Tatbestand - Rechtswidrigkeit - Schuld. In dieser Reihenfolge untersucht der Richter, ob eine strafbare Handlung vorliegt. Ist der Tatbestand nicht erfüllt, so erübrigt sich die Untersuchung der Rechtswidrigkeit oder der Schuld. Wird die Tatbestandsmäßigkeit bejaht, so schließt sich die Prüfung der Rechtswidrigkeit und bei ihrem Vorliegen die der Schuld an.

2. Die Schichtung des Verbrechens gilt nicht nur für das Strafrecht, sondern auch für die unerlaubte Handlung des Zivilrechts[3]. Das Zivilrecht knüpft in der Regel[4] an schuldhafte Handlungen Schadensersatz und setzt damit ein tatbestandsmäßig-rechtswidriges Verhalten voraus. Daneben kennt das Zivilrecht Fälle, in denen eine Haftpflicht bei schuldlosen aber rechtswidrigen Eingriffen besteht[5].

3. In diesem Fall ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit notwendig; denn liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, wird keine Haftung ausgelöst. In dem Zusammenhang gewinnt das Problem der sozialen Adäquanz Bedeutung. Es befaßt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Tatbestandsmäßigkeit beziehungsweise die Rechtswidrigkeit aus den besonderen Umständen ausgeschlossen ist.

4. Das Wort "soziale Adäquanz" enthält die beiden Stammworte "sozial" und "adäquat" und drückt aus, daß gewisse Handlungen angepaßt sind an die menschliche Gemeinschaft. Diese Handlungen nehmen eine Sonderstellung ein. Daher sollen einige Beispiele angeführt werden. Es handelt sich etwa darum, ob Tötungen oder Körperverletzungen im Straßenverkehr unter gewissen Voraussetzungen rechtmäßig sind. Ferner geht es um Freiheitsbeschränkungen im alltäglichen Leben oder ihre Einwirkungen auf die Individualsphäre, zum Beispiel die Publikation von Photographien. Die Sozialadäquanz taucht im Zusammenhang mit der Frage nach dem Ersatz von Streikschäden und Eingriffen durch die

---

1) Lehre vom Verbrechen, S.7, 21 ff.

2) Schönke-Schröder, Komm. zum StGB Vorbem. I 1; Maurach, Deutsches Strafrecht, S.113 ff.

3) Enneccerus-Nipperdey, S.517, 914, 915.

4) zum Beispiel bei §§ 823 ff., BGB.

5) so zum Beispiel §§ 829, 833 S.1 BGB, § 16 GewO; RG Z 167, 26.

industrielle Produktion[1] auf. Nicht zuletzt ist auch die Frage zu klären, ob Rechtsgutverletzungen auf Grund von Volksbräuchen rechtswidrig sind. Ebenso ist der Fall einzubeziehen, daß ein Polizeibeamter Gebrauch von seiner Schußwaffe macht und nicht den flüchtigen Verbrecher, sondern einen unbeteiligten Dritten verletzt.

Bei diesen verschiedenen Fallgruppen ist die Frage nach einem neuen Rechtfertigungsgrund aufgetaucht, weil die bisherigen Rechtfertigungsgründe den Sachverhalt nicht erfassen.

5. Die nachstehende Arbeit befaßt sich mit zwei Problemkreisen. Es soll untersucht werden, welche Grundlagen der Rechtslehre zur Fundierung der Sozialadäquanz herangezogen werden können, ferner, ob und an welcher Stelle der Sozialadäquanz ein Platz im Zivilrecht zuzuweisen ist.

Die Lehre von der Sozialadäquanz nahm ihren Ausgang von W e l z e l und ist von ihm im Zusammenhang mit der finalistischen Handlungslehre abgeleitet. Die Arbeit unternimmt den Versuch, die Sozialadäquanz unabhängig von Handlungslehren zu entwickeln.

---

1) zum Beispiel gefährliche Betriebe, Abgase, Betriebsunfälle, Atomstrahlungen etc.

1. TEIL: DIE LEHRE VON DER SOZIALADÄQUANZ IN LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG

1. Kapitel: Die Entwicklung der Lehre von der Sozialadäquanz

Die Lehre von der Sozialadäquanz tritt in zwei Erscheinungen auf. Einmal handelt es sich um den Begriff der Sozialadäquanz ohne Bezogenheit auf die Rechtsdogmatik. Wenn der Anstoß zur Entwicklung eines Begriffs der Sozialadäquanz auch aus der Rechtsdogmatik kommt, so bewegt sich seine Begründung im philosophisch-logischen Bereich. - Den zweiten Teil bildet die Verwendung des gewonnenen Begriffs in der Rechtsdogmatik. Beide Teile sind durch zwei Momente miteinander verknüpft. Der Inhalt des Begriffs von der Sozialadäquanz bestimmt, welche Tragweite diesem Begriff in der Lehre zukommt. Auf der anderen Seite steckt das mögliche Anwendungsgebiet der Sozialadäquanz die Ziele der Begriffsbildung.

§ 1 Der Begriff der Sozialadäquanz

Der Begriff der Sozialadäquanz ist von Welzel geprägt und folgendermaßen umschrieben: "Sozialadäquat sind alle Betätigungen, welche sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewegen."[1]

Bei Welzel ist Maßstab für die Sozialadäquanz einer Handlung, daß sie mit der Ordnung des Gemeinschaftslebens übereinstimmt. Die Ordnung ändere sich im Geschichtsablauf. Das jeweilige Ergebnis dieses Entwicklungsprozesses bestimme den Inhalt des Sozialadäquaten: "Der Inhalt des Sozialadäquaten ändert sich mit der geschichtlichen Ordnung des Gemeinschaftslebens."[2] Die für Welzel maßgeblichen Ordnungen haben zwei Erfordernissen zu genügen: Sie müssen historisch geworden sein und darüber hinaus mit der Sozialethik im Einklang stehen. Liegt eine Ordnung mit diesen beiden Eigenschaften vor, dann ist die Handlung, die dieser Ordnung nicht zuwiderläuft, sozialadäquat.

N i p p e r d e y[3] schließt sich Welzels Auffassung über die sozial-

---

1) Das deutsche Strafrecht, 2.Auflage, S.36.

2) Das neue Bild, S.24.

3) Enneccerus-Nipperdey, 14.Aufl., S.917, 918.

adäquaten Handlungen an und führt aus, daß jede Handlung in Relation zum sittlichen Gemeinschaftsleben stehen muß und daher Handlungen, die sich innerhalb dieser sittlichen Ordnungen bewegen, sozialadäquat sind.

Auch N i e s e[1] spricht davon, daß Handlungen, die sich im Rahmen des Gesellschaftslebens halten, sozialadäquat sind. --

Die Ausführungen von Welzel, Nipperdey und Niese stellen eine Weiterentwicklung des Begriffs dar; denn Handlungen, die für das R e c h t erheblich sind, werden auf ihre Übereinstimmung mit O r d n u n g e n des G e m e i n s c h a f t s l e b e n s überprüft.

§ 2 Verwendung des Begriffs der Sozialadäquanz in der Rechtsdogmatik

1 Die Sozialadäquanz als Grund für eine Tatbestandsvernichtung

Hat die Prüfung einer rechtserheblichen Handlung auf ihre Vereinbarkeit mit den Regeln des Gemeinschaftslebens ergeben, daß diese Handlung sozialadäquat ist, dann zieht Welzel hieraus folgende Konsequenz: "Handlungen, welche sich innerhalb des Rahmens der sozialen Ordnungen bewegen, unterfallen niemals Deliktstatbeständen, auch wenn man sie dem Wortlaut nach unter einen Deliktstatbestand subsumieren könnte."[2] Die Bedeutung der Sozialadäquanz für das Strafrecht liegt nach Welzel darin, daß sie den Tatbestand ausschließt. Ist festgestellt, daß eine Handlung sozialadäquat ist, dann ist nicht mehr ihre Rechtswidrigkeit oder Schuld zu untersuchen; denn sie fällt von vorneherein nicht unter einen Straftatbestand. Erst eine Überschreitung der Sozialadäquanz führt nach Welzel zur Tatbestandsmäßigkeit[3].
Welzel sieht das Anwendungsgebiet der sozialen Adäquanz bei "gewissen Freiheitsbeschränkungen", "Verletzungen und Tötung im Gefolge des ordnungsgemäßen Betriebs sogenannter riskanter Unternehmungen", bei Sportverletzungen, Drohungen etc.[4].

---

1) Streik und Strafrecht, S.27 ff.; JZ 56, 460.
2) a.a.O., S.36.
3) Das deutsche Strafrecht, 2.Aufl., S.38.
4) Das deutsche Strafrecht, S.37.

Ebenso hat Nipperdey sich geäußert. Nipperdey überträgt die soziale Adäquanz vom Strafrecht auf das Zivilrecht. Er sieht die methodische Bedeutung der Sozialadäquanz darin, daß sie diejenigen Lebensvorgänge aus den rechtlich mißbilligten Tatbeständen ausklammert, die sachlich von den Tatbeständen gar nicht erfaßt werden sollen. Die Sozialadäquanz hat nach Nipperdey tatbestandsvernichtende Wirkung[1], weil der Tatbestand nur gesellschaftswidriges Handeln anspricht.

2 Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund

21 Widerspruch gegen Welzel und Nipperdey

Welzels und Nipperdeys Ausführungen bleiben nicht unwidersprochen. D o h n a[2] weist darauf hin, daß das Problem der Sozialadäquanz, deren Grundgedanken er akzeptiert, erst im Bereich der Rechtswidrigkeit zu suchen sei, nicht schon im Bereich des Tatbestandes. Es lasse sich nicht leugnen, daß Kriegshandlungen, Einsperrungen durch den Strafwärter etc. äußerlich einen Straftatbestand verkörpern. Das Problem ist jedoch nach Dohna, ob diese Handlungen dem Recht entsprechen.

Auch N i e s e[3] wendet sich gegen die Ansicht von der tatbestandsvernichtenden Wirkung. Die Sozialadäquanz schließt nach Niese lediglich die Rechtswidrigkeit unvermeidbarer Rechtsgutsverletzungen aus, ohne daß es eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedarf. Das Kriterium für die Vermeidbarkeit liegt nach Niese darin, ob sich die Rechtsgutsverletzung auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt im normalen Verkehr des sozialen Lebens hat umgehen lassen[4].
Daher kommt Niese zu dem Ergebnis, daß Schädigungen, die sozialadäquat sind, von der Rechtsordnung nicht mißbilligt werden können.

E n g i s c h[5] bejaht den Begriff der Sozialadäquanz, weist ihr aber auch ihren Platz im Bereich der Rechtswidrigkeit zu.

---

1) Enneccerus-Nipperdey, Lb., 14.Aufl., S.918.
2) ZStW 60, 287 ff. (291).
3) JZ 56 457 ff., 460.
4) a.a.O., S.30.
5) "Idee der Konkretisierung", S.53, 240.

D i e t z[1] und H u e c k[2] gehen von dem Spezialfall des Streiks aus. Dietz spricht sich bei der Behandlung der Frage, wann ein rechtmäßiger Streik gegeben ist, dafür aus, daß die Sozialadäquanz die Rechtswidrigkeit ausschließt.

Hueck bekennt sich zum Grundgedanken der Sozialadäquanz, widerspricht aber Nipperdeys Auffassung von der tatbestandsvernichtenden Wirkung. Er übernimmt Nieses Meinung, daß die Sozialadäquanz ein Rechtfertigungsgrund ist, betont aber, daß das Ergebnis gleich sei; es handele sich um ein rein dogmatisches Problem.

Auch M a u r a c h[3] spricht sich gegen die tatbestandsvernichtende Wirkung der Sozialadäquanz aus.

22 Welzels und Nipperdeys revidierte Meinung

Welzel und Nipperdey kamen auf Grund der Einwände in der Literatur zu einer Revision ihrer Ansicht.

Welzel ordnet die Sozialadäquanz in den Bereich der Rechtswidrigkeit ein: "Die Sozialadäquanz ist hier der in der sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens wurzelnde gewohnheitsrechtliche R e c h t f e r t i g u n g s g r u n d[4] tatbestandsmäßigen Verhaltens."[5]

Die Einordnung in den Bereich der Rechtswidrigkeit wird aus Welzels Darlegungen über das Wesen von Tatbestand und Rechtswidrigkeit erhellt. Nach Welzel[6] ist der Tatbestand ein Gebilde, das mögliches menschliches Verhalten begrifflich umschreibt. Hinter dem Tatbestand steht die Norm, die die Verwirklichung der im Tatbestand umschriebenen Verhaltensweise verbietet. Wird der Tatbestand verwirklicht, so ergibt sich hieraus die Normwidrigkeit. Da nun neben den Ver- und Gebotsnormen in der Rechtsordnung auch Erlaubnissätze existieren, so kann der Erlaubnissatz im konkreten Fall die abstrakte Verbots-

---

1) "Streik zur Durchsetzung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen", S.47 ff. in "Festschrift für Herschel" 1.

2) "Grenzen des rechtmäßigen Streiks", in "Festschrift für Herschel" 1, S.27 ff.

3) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S.238, 434 ff.

4) Sperrung vom Verfasser

5) "Das neue Bild des Strafrechtssystems" 1957, S.24; Das deutsche Strafrecht, S.58.

6) Das neue Bild S.15.

oder Gebotsnorm außer Kraft setzen und damit die Tatbestandsverwirklichung rechtmäßig sein lassen[1]. Eine Rechtswidrigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn der Tatbestand verwirklicht worden ist, ohne daß ein Erlaubnissatz eingreift.- Die Sozialadäquanz hat aber nach Welzel gerade einen Erlaubnissatz zum Inhalt. Der Erlaubnissatz ergebe sich daraus, daß das generell durch die Norm Ge- und Verbotene in dem konkreten Fall mit den Regeln des Gemeinschaftslebens - soweit dieses die erforderlichen Eigenschaften aufweist - übereinstimmt.

Welzel meint, dieser Erlaubnissatz habe seinen allgemeinen Niederschlag in § 276 Absatz 1 Satz 2 BGB gefunden: Denn - so sagt er - die Sozialadäquanz fordert nichts anderes als dasjenige Verhalten, das den Erfordernissen des Gemeinschaftslebens gerecht ist; das ist aber die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt[2]. Er sagt[3]: "Die objektive Sorgfalt ist die Innehaltung des im Sozialleben zur Vermeidung von Rechtsgutsverletzungen gebotenen Maßes an finaler Steuerung." Und: "Objektive Sorgfalt bedeutet die Innehaltung des sozialadäquaten Maßes der Rechtsgütergefährdung." Maßgebend sei die soziale Verkehrsmäßigkeit einer Handlung. Die Verkehrsmäßigkeit stelle keine bloße Deskription der tatsächlichen Übung sondern zugleich eine wertende Auswahl im Sinne des Normgemäßen dar. Die Sozialadäquanz ist nach Welzel ein allgemeines Prinzip, das zwar unter dem Begriff "Fahrlässigkeit" eingeordnet sei, dem aber in der Form der Sozialadäquanz Bedeutung für das gesamte Rechtsgebiet zukomme.

Die Verknüpfung von dem enggefaßten Begriff "Fahrlässigkeit" mit der Sozialadäquanz nimmt Welzel in folgender Überlegung vor: Er geht vom unvorsätzlichen Verbrechen aus. Rechtswidrig sei nicht jede unvorsätzliche Rechtsgutsverletzung, sondern nur eine fahrlässige im Sinne des § 276 I 1 BGB. Erst die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gestatte das Rechtswidrigkeitsurteil. Soziale Inadäquanz und Außerachtlassung der verkehrerforderlichen Sorgfalt seien identisch. Damit deckten sich auch die Begriffe "Sozialadäquanz" und "Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt". Da die soziale Inadäquanz die Rechtswidrigkeit darstelle, müsse auch die Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt, das heißt die Fahrlässigkeit gleich der Rechtswidrigkeit sein. Was aber für das

---

1) vgl. zu diesem Problem Binding, Normen I 104 ff.; Fischer, die Rechtswidrigkeit S.46 ff. und 2.Teil, 1.Abschnitt, 2.Kapitel.

2) Das neue Bild, S.30 ff.; Strafrecht, S.58.

3) Strafrecht, 1958, S.114.

unvorsätzliche Verbrechen gelte, habe auch Geltung für das vorsätzliche und damit für das gesamte Strafrecht.-

Auch Nipperdey[1] kommt zu einer Einordnung der Sozialadäquanz in den Bereich der Rechtswidrigkeit. Nipperdey geht von einer Sonderfrage aus, wieweit Kündigungsschutz bestehe und wann eine Kündigung rechtswirksam erfolge; im Ergebnis stellt er es auf die soziale Rechtfertigung dieser Kündigung ab. Nur solche Kündigungen seien zulässig, mit denen der Arbeitnehmer "im Rahmen der sozialethischen Ordnung" rechnen mußte und konnte; nur derartige Kündigungen seien sozialadäquat.- Beim Kündigungsschutz handele es sich in Wahrheit um einen gesetzlich festgelegten Ausschnitt aus einem allgemeinen Prinzip, der Sozialadäquanz.

Damit stößt Nipperdey im Rahmen der Frage der R e c h t m ä ß i g k e i t auf den Begriff der Sozialadäquanz. Er sieht das Grundproblem nunmehr auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit liegen.

Erst die Außerachtlassung der Regeln des Arbeitskampfes führe zur Rechtswidrigkeit Die Sozialadäquanz sei somit ein in der Sozialordnung wurzelnder Grund der Rechtfertigung. Diejenigen Schädigungen, die trotz Einhaltung aller Sorgfalt einträten, würden von der Rechtsordnung gebilligt, weil sie unvermeidbar seien.- Damit gibt Nipperdey seine frühere Ansicht von dem Einfluß der Sozialadäquanz auf die Tatbestandsmäßigkeit auf[2].

§ 3 Die Lehre von der Sozialadäquanz in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich zu der Lehre von der Sozialadäquanz grundlegend zweimal geäußert.

1 Der Beschluß des Bundesgerichtshofes

Der Große Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (Beschluß v. 4.3.57)[3] hatte die ihm vom VI. Zivilsenat vorgelegte Frage zu prüfen, "ob

---

1) Hueck-Nipperdey, Lb des Arbeitsrechts II, § 49.

2) dies expressis verbis in Hueck-Nipperdey a.a.O., § 49 Note 34.

3) Bundesgerichtshof Beschluß vom 4.3.1957, GSZ 1/56-NJW 57 785.

nicht auf dem Gebiet des Straßen- und Eisenbahnverkehrs ein zwar äußerlich den Tatbestand des § 823 I erfüllendes Verhalten dann von dem Urteil der Rechtswidrigkeit freigestellt werden muß, wenn es im Einklang mit der gesetzlichen Ordnung des Straßen- und Eisenbahnverkehrs gestanden hat.."

Das Ergebnis der Überlegungen des Großen Senats wird in der Aufstellung eines neuen Rechtfertigungsgrundes zusammengefaßt; es ist dies "der Rechtfertigungsgrund des verkehrsgerechten Verhaltens".

Auf dem Weg zu diesem Ergebnis hat sich der Große Senat mit drei Fragenkomplexen auseinandergesetzt.

1. Es wird das Problem aufgeworfen, ob eine Möglichkeit zur Ableitung eines neuen Rechtfertigungsgrundes gegeben sei. Ausgangspunkt für diese Überlegung ist, welche Bedeutung dem Wort "widerrechtlich" in § 823 I BGB zukomme. Der Bundesgerichtshof schließt sich der bisherigen Ansicht[1], die auch das Reichsgericht[2] und er selbst[3] vertreten hat, an. Die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung im Sinne des § 823 I indiziert die Widerrechtlichkeit. Diese ist nur bei dem Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes ausgeschlossen. Nur wenn dem Handelnden eine besondere Befugnis zum Eingriff in fremde Rechtsgüter zusteht, ist die Widerrechtlichkeit nicht vorhanden.

Der Bundesgerichtshof führt weiter aus:
Wenn der Richter erkennt, daß im Einzelfall die Handlung nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, dann liegt keine widerrechtliche Handlung vor, und das Handeln ist gerechtfertigt. Zur Feststellung des Rechtswidrigkeitsurteils ist der Richter nicht an die in Gesetz und Gewohnheitsrecht bestehenden Rechtfertigungsgründe gebunden, da es keinen numerus clausus der Rechtfertigungsgründe gibt. Prinzipiell kann daher nach der Meinung des Bundesgerichtshofs die Rechtsprechung einen neuen Rechtfertigungsgrund entwickeln, sobald sie erkennt, daß die Handlung nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.

2. Das zweite Problem im Zusammenhang mit der Aufstellung des neuen Rechtfertigungsgrundes ist in der Frage zu erblicken, auf welchen Grundlagen der Rechtfertigungsgrund des verkehrsmäßigen Verhaltens

---

1) Enneccerus-Lehmann, S.915; Soergel-Lindenmaier zu § 823 Bem.A I 7
2) RG JW 26 364
3) BGH 3, 270 ff., insbes. 276 und 280

steht. Hierzu macht der Bundesgerichtshof folgende Ausführungen:

Die Rechtsordnung hatte in jüngerer Zeit Verkehrsregeln aufgestellt. Der Inhalt der einzelnen Gesetze bezweckte, die verschiedenen Risiken möglichst gerecht nach ihrer sozialen Angemessenheit zu verteilen und sie auf ein Mindestmaß zu beschränken. Indem diese Rechtsregeln sich mit diesen Risiken befassen, erkannten sie die Risiken gleichzeitig an und nahmen diejenigen inkauf, die sie nicht ausscheiden. Dies habe aber zur Folge, daß Schädigungen auf Grund der noch verbliebenen Risiken unvermeidbar seien: "Indem die Rechtsordnung den gefahrvollen Verkehr zuläßt und den Teilnehmern vorschreibt, wie sie ihr Verhalten einzurichten haben, spricht sie aus, daß sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen des Rechts hält. Es geht nicht an, ein Verkehrsverhalten, das den Ge- und Verboten der Verkehrsordnung voll Rechnung trägt, trotzdem mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit zu versehen."

Die Rechtfertigung ergibt sich also nach dem Bundesgerichtshof aus der Einhaltung von Rechtsvorschriften aus der G e s a m t h e i t der Rechtsordnung. Es ist jedoch festzuhalten, daß der Bundesgerichtshof entsprechend der Frage des VI. Zivilsenats Überlegungen nur im Rahmen des Verkehrsrechts anstellen will.

3. Das dritte Problem ist gleichzeitig mit dem zweiten gelöst worden. Es geht bei ihm um die Frage, w a s gerechtfertigt sein soll. Dies erscheint deshalb besonders wichtig und ist gesondert hervorzuheben, weil sich insoweit eine neue Auffassung durchgesetzt hat. Der Bundesgerichtshof sagt, daß das V e r h a l t e n, das den Verkehrsregeln entspricht, gerechtfertigt sei. Er zieht die Konsequenz, daß bei verkehrsrichtigem V e r h a l t e n der E i n g r i f f in eines von § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter nicht widerrechtlich ist[1].

Der Bundesgerichtshof hat betont, er wolle es dahingestellt sein lassen, "ob es sich hierbei (-nämlich dem verkehrsgerechten Verhalten-) um einen Sonderfall der Anwendung des Rechtsgedankens der sogenannten Sozialadäquanz handelt".

Die Verwandtschaft zwischen der Lehre von der Sozialadäquanz mit dem Rechtfertigungsgrund des verkehrsgerechten Verhaltens tritt in dreifacher Beziehung hervor:

---

1) Dieses Problem wird näher im 2.Kapitel durch die Stellungnahmen der Autoren beleuchtet und stellt ein Zentralproblem dar.

1. Der vom Bundesgerichtshof aufgestellte Rechtsfertigungsgrund stützt sich auf die Regeln der Gesamtrechtsordnung, auf Regeln, die zur angemessenen Risikoverteilung aufgestellt sind. --

Die Lehre von der Sozialadäquanz nimmt den Begriff der Sozialadäquanz aus Regeln, die sich aus den historisch gewordenen, sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens ergeben haben.

2. Die Verwandtschaft der Lehre von der Sozialadäquanz und vom verkehrsgerechten Verhalten zeigt sich auch in der Behandlung der Frage, w a s gerechtfertigt ist. Beide Lehren lassen das Verhalten gerechtfertigt sein. Welzel[1] spricht von der Sozialadäquanz als "Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens"; der Bundesgerichtshof führt aus, daß "die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt" bleiben darf. -

Dies aber bedeutet, daß nicht nur auf den eingetretenen Erfolg sondern auch auf das zum Erfolg führende Verhalten abzustellen ist.

3. Der dritte Berührungspunkt mit der Lehre von der Sozialadäquanz ergibt sich aus der Bemerkung des Bundesgerichtshofes, das Ergebnis habe sich vielleicht auch aus der Herübernahme des "neuen strafrechtlichen Begriffs der Fahrlässigkeit" ableiten lassen. Es geht hierbei um die Auffassung der Komplexität der Fahrlässigkeit, die sich in objektive und subjektive Fahrlässigkeit spaltet.

Der Bundesgerichtshof verneint, daß die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und die Einhaltung der Verkehrsregeln dasselbe sei. Er drückt sich vorsichtig aus, um der Lehre nicht ein Präjudiz zu schaffen, und meint, daß bei der Prüfung der Fahrlässigkeit nach § 276 I 2 BGB es ebenfalls wesentlich darauf ankomme, ob die Verhaltensvorschriften der Verkehrsordnung eingehalten sind. Die Doppelprüfung der Einhaltung der Verkehrsvorschriften auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit und auf dem Gebiet der Schuld ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofes durch die Fassung und rechtliche Einordnung des Fahrlässigkeitsprinzips bedingt, das dem BGB zugrunde liegt. Deshalb sei die Herübernahme des komplexen Fahrlässigkeitsbegriffs versagt, auch wenn hierdurch eine Harmonisierung zwischen Straf- und Zivilrecht erreicht sei.-

Die Lehre von der Sozialadäquanz sagt, daß die Einhaltung der Regeln

---

1) Das neue Bild, S.24.

des Gemeinschaftslebens inhaltlich mit der Einhaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt gleich sei und daher die Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 I 2 BGB dem Gebiet der Rechtswidrigkeit zuzuordnen sei.

2 Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes

Auch der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts[1] hat sich mit der Lehre von der Sozialadäquanz befaßt. Der Große Senat hatte die Frage der Legitimität von Maßnahmen im Arbeitskampf entschieden.

Das Problem ergibt sich aus folgendem Gedankengang. Der Streik kann kollektivrechtlich betrachtet werden, soweit es die Zulässigkeit des Streikens betrifft. Der Streik hat aber auch eine individualrechtliche Seite, nämlich in Bezug auf das Vertragsrecht, da die Beteiligung am Streik eine Arbeitsverweigerung darstellt. Unter dem individualrechtlichen Gesichtspunkt erweist sich der Streik als Vertragsbruch. So ergibt sich für dieselbe Handlung nach Kollektivrecht Rechtmäßigkeit und nach Individualrecht Rechtswidrigkeit[2].

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichtes löst dieses Problem in ähnlicher Weise wie der Bundesgerichtshof, indem er die Gesamtrechtsordnung heranzieht, und führt aus: Wenn eine Handlung nach einem Rechtskreis rechtmäßig und nach einem anderen Rechtskreis rechtswidrig sei, so müsse ein Rechtskreis den Vorrang haben. Es sei nicht gerechtfertigt, innerhalb desselben Rechtsgebiets, des Arbeitsrechts, dasselbe kollektive Handeln hier als rechtmäßig und dort als rechtswidrig anzusehen; denn die rechtliche Bewertung des Streiks und überhaupt des Arbeitskampfes habe einheitlich zu erfolgen, damit man dem kollektiven Wesen des Streiks gerecht werden könne. Sobald ein Streik sich daher als legitim erweise, werde der Gesamtaktion durch diese Legitimität das entscheidende Gepräge gegeben. Die Konsequenz sei, daß nicht nur "die zum Streik auffordernde Gewerkschaft, sondern

---

1) BAG 1, 295 = NJW 55/882.

2) In diesem Dilemma zeigt sich die Parallele zur Entscheidung des BGH - BGH Beschl. 1 56 = NJW 57 785.
In der der Großen Zivilsenat des BGH vorgelegten Frage ergab sich eine Rechtmäßigkeit nach Straßenverkehrsrecht und eine Rechtswidrigkeit wegen der Indizierung bei Tatbestandsverwirklichung.

auch der daraufhin die Arbeit ohne Kündigung niederlegende Arbeitnehmer nicht rechtswidrig handeln".

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichtes sieht die Beziehung zwischen der Rechtfertigung der Kampfmaßnahmen nach seiner Deduktion und der Lehre von der Sozialadäquanz in folgendem Gedankengang:
Jede menschliche Handlung muß in Funktion von dem menschlichen Zusammenleben betrachtet werden. Diese funktionale Betrachtung gestattet erst die Feststellung des Unrechtsgehalts einer Handlung; maßgebend für die Rechtswidrigkeit einer Handlung ist die Relation dieser Handlung zu der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens. Handlungen, die sich innerhalb dieser allgemeinen sozialen Ordnung halten, sind sozialadäquat und damit nicht widerrechtlich. Somit, so fährt der Große Senat des Bundesarbeitsgerichtes fort, stehe seine Deduktion auch im Einklang mit dem Prinz der Sozialadäquanz.

2. Kapitel: Kritik und Fortentwicklung der Lehre von der Sozialadäquanz in einzelnen Stellungnahmen

Die Ausführungen von Nipperdey, Welzel und Niese zur Sozialadäquanz und die Entscheidung des Bundesgerichtshofes und des Bundesarbeitsgerichtes haben zur Kritik angeregt. Die Kritiken kann man unterteilen in zustimmende und ablehnende Stellungnahmen; die ablehnenden Stellungnahmen bilden noch einmal zwei Gruppen: Stimmen, die dem Begriff der Sozialadäquanz (beziehungsweise des verkehrsgerechten Verhaltens) als Rechtfertigungsgrund nicht abgeneigt sind, aber ihn für das Zivilrecht ungeeignet halten, Stimmen, die sowohl den Begriff als auch die Anwendung des neuen Rechtfertigungsgrundes im Zivilrecht für unbrauchbar halten.

§ 1 Bejahende Stellungnahmen

N i p p e r d e y äußert sich auf die Bundesgerichtshof-Entscheidung erneut zur Lehre von der Sozialadäquanz[1].

Er rügt die zurückhaltende Ausdrucksweise des Bundesgerichtshofes zur Frage der Sozialadäquanz; denn was anderes sei das verkehrsgerechte Verhalten als die Herübernahme der Lehre von der Sozialadäquanz.

Er nimmt zu dem Begriff der Sozialadäquanz und zu seiner Anwendung im Zivilrecht Stellung.

Bezüglich des B e g r i f f e s der Sozialadäquanz erweitert Nipperdey die Aussage des Bundesgerichtshofes, daß die Einhaltung der Verkehrsgesetze rechtfertigend wirke. Bei den die Sozialadäquanz begründenden Regeln komme es nicht darauf an, daß diese Regeln, wie zum Beispiel StVO, StVG, vom Staat gesetzte Normen darstellen, sondern maßgebend seien "alle Regeln, die im Rahmen der sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens entwickelt wurden", was aus dem allgemeinen Begriff der Sozialadäquanz folge. Wichtig sei nur, daß Handlungen, die sich innerhalb dieser Regeln bewegen, offensichtlich gestattet sind. Nipperdey führt Beispiele auf, in denen keine staatliche Norm besteht, so bei Sportverletzungen, Schädigungen im Wettbewerb und Arbeitskampf etc. ---

Was die A n w e n d u n g des Begriffs der Sozialadäquanz angeht, so behält Nipperdey seine Meinung[2] von der rechtfertigenden Wirkung der Sozialadäquanz bei. Er erweitert jedoch seine früheren Ausführungen und schließt sich dabei W e l z e ls Ansicht[3] an, daß die Sozialadäquanz ihren allgemeinen Niederschlag in der Vorschrift des § 276 I 2 BGB gefunden habe. Nipperdey sagt, daß die Begriffe "sozialadäquat", "verkehrsrichtig" und "Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" dasselbe bedeuten. Das Kriterium für die soziale Adäquanz einer Handlung sei die Feststellung, ob sie vermeidbar oder unvermeidbar war; diese Feststellung könne nur getroffen werden, wenn man auf die Einhaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt abstelle. Daher verstoße eine unvermeidbare Rechtsgutsverletzung nicht gegen die Rechtsordnung. Eine unvermeidbare Rechtsgutsverletzung sei daher

---

1) "Sozialadäquanz, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit und Schuld im Zivilrecht", NJW 57 1777.

2) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II, § 49.

3) Das neue Bild, S.30 f. und Strafrecht 1958, S.114.

kein Unrecht sondern Unglück[1].

Der Bundesgerichtshof habe ebenfalls bei Unvermeidbarkeit die Rechtsgutsverletzungen -wegen Einhaltung der Verkehrsregeln- als nicht rechtswidrig angesehen. Nipperdey zieht die Schlußfolgerung: Weil die Begriffe "Unvermeidbarkeit", "soziale Inadäquanz", "Rechtswidrigkeit" und "Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt" inhaltlich gleich seien, müsse der Begriff der Sozialadäquanz ins Zivilrecht übernommen werden. Seiner Ansicht nach steht einer Rezeption der Strafrechtdogmatik nichts im Wege, soweit sie auf dem finalistischen Handlungsbegriff beruhe[2]. Die Konsequenz sei dann die Anerkennung eines subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffs.

Wenn nach Nipperdey bei sozialadäquatem Verhalten eine nicht rechtswidrige Handlung gegeben ist, dann besagt dies noch nicht, daß eine Haftung ausgeschlossen ist. Nipperdey verweist auf den Gedanken der Gefährdungshaftung, bei der die Haftung trotz rechtmäßigen Handelns eintrete. Eine dennoch bestehende Haftung befürwortet Nipperdey wegen der besonderen Zwecksetzung des Zivilrechts, das einen billigen Schadensausgleich anstrebe und nicht eine moralisch-normative Bewertung des Handelnden verfolge.

Zum Problem Verhaltensunrecht - Erfolgsunrecht nimmt daher Nipperdey nicht Stellung. Eine Stellungnahme erübrigt sich bei Nipperdey aus dem Grunde, weil er der finalistischen Handlungslehre anhängt und damit das Verhaltensunrecht in den Vordergrund rückt[3].

B a u m a n n[4] billigt die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in ihren Grundsätzen. Doch stimmt er nicht mit dem Beschluß des Großen Senats vom 4.3.57 überein, daß dieser sich zwar nicht espressis verbis aber doch de facto gegen die Sozialadäquanz entschieden habe. Er meint: Die Sozialadäquanz sei der "ganz allgemeine Rechtfertigungsgrund", der im Gegensatz zu den besonderen, in bestimmten Erlaubnissätzen festgelegten Ausnahme-Regeln stehe. Baumann geht von Welzels Auffassung aus, daß die Sozialadäquanz ihren allgemeinen Niederschlag in der Vorschrift des § 276 I 2 BGB gefunden

---

1) vgl. Niese in "Streik und Strafrecht" S.30 ff. u. Niese in JZ 56 460; Esser, "Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts", JZ 53 129.

2) Enneccerus-Nipperdey, 14.Auflage, S.914.

3) Enneccerus-Nipperdey, 14.Auflage, S.924.

4) "Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung und Sozialadäquanz", MDR 57 646.

habe[1]. Hieraus folge, daß die Rechtswidrigkeit besonders ermittelt werden müsse, weil die Indizierung der Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandverwirklichung nicht mehr genüge. Alles Sozialadäquate falle aus der Rechtswidrigkeit heraus. Da der Bundesgerichtshof sich für die Indizwirkung der Tatbestandsverwirklichung ausgesprochen habe, habe er auch gegen die Sozialadäquanz entschieden[2].

B o d e[3] rechtfertigt die Entscheidung des Bundesgerichtshofes und behandelt in seinen Ausführungen das Problem zwischen Verhaltensunrecht und Erfolgsunrecht.
Er geht von dem Wort "widerrechtlich" aus und betont, daß es einen Widerspruch zur Rechtsordnung verlange. Er fragt, was in Widerspruch zur Rechtsordnung stehen müsse. Bei der Prüfung des § 823 BGB habe man nur untersucht, ob eine Rechtsgutsverletzung eingetreten sei und damit lediglich den E r f o l g betrachtet. Wegen der unrechtsindizierenden Wirkung der Tatbestandserfüllung habe die Rechtswidrigkeit des Erfolges festgestanden, und erst im Rahmen der Schuld spielte das Verhalten eine Rolle. Mit Anerkennung des Rechtfertigungsgrundes des verkehrsgerechten Verhaltens komme schon im Rahmen der Rechtswidrigkeit das Verhalten zur Diskussion. Dabei sei jedoch nicht klar, ob das Verhalten oder der Erfolg im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen müsse, um die Rechtswidrigkeit zu begründen. Bode kommt zu dem Ergebnis, daß die Rechtmäßigkeit des Verhaltens die Rechtswidrigkeit des

---

1) H a u ß (Lindemaier-Möhring § 831 Nr.2) weist ebenfalls auf die Parallele zwischen Sozialadäquanz und dem teilweise auch in der Strafrechtsdogmatik vertretenen objektiven Fahrlässigkeitsbegriff hin. Nicht schon die kausale Rechtsgutsverletzung solle die Rechtswidrigkeit begründen, sondern erst "die Außerachtlassung der allgemeinen verkehrserforderlichen Sorgfalt, gemessen an den im Sozialleben an eine Person des gleichen Pflichtenkreises zu stellenden Anforderungen."

2) Dieser Schluß ist nicht richtig. Zwar hat sich der BGH gegen die positive Ermittlung der Rechtswidrigkeit ausgesprochen, doch hat er damit nicht gegen die Geltung der Sozialadäquanz im Zivilrecht entschieden.

3) "Zur Rechtswidrigkeit im Verkehrsrecht", DAR 1957, 173.

Erfolges beseitige[1].

Bode sucht die Richtigkeit seines Ergebnisses in folgendem Gedankengang darzustellen. Erlaubt sei nach StVO/StVG das Handeln, das zum Erfolge geführt hat, da es nirgendwo verboten sei, mit dem Kraftfahrzeug zu fahren. "Hält der Fahrer sich an die Gebote der StVO, so handelt er so, wie es die Rechtsordnung vorschreibt, also dem Rechte gemäß. Geht es nun an, dieses rechtmäßige Verhalten allein deswegen zu einem rechtswidrigen zu erklären, weil die vom Gesetz vorgeschriebene Fahrweise einen Schaden herbeigeführt hat?"

Mit dieser Antithese geht Bode jedoch weiter als das Gesetz. StVO und StVG befassen sich damit, wie ein Kraftfahrzeug beschaffen sein muß und welche Voraussetzungen ein Fahrer aufweisen muß, um am Straßenverkehr teilzunehmen. Die Gesetze erlauben in ihren Bestimmungen das Führen eines Kraftfahrzeuges. Aus dieser Erlaubnis kann man nicht schließen, daß auch das Handeln, das zum schädigenden Erfolg geführt hat, erlaubt ist. Eine Verletzungshandlung setzt zwar ein Fahren mit dem Kraftfahrzeug voraus; doch kann man nicht von der Erlaubnis zur "Fahr-Handlung" auf eine Erlaubnis zur "Verletzungshandlung" schließen, auch wenn der Fahrer den Regeln der StVO/StVG genügte. Bodes Gedankengang hat nicht das Ergebnis erbracht, daß das Erfolgsunrecht gegenüber der Rechtmäßigkeit des Verhaltens zurückzutreten habe.

§ 2 Einschränkende Stellungnahmen

S t o l l[2] spricht sich gegen eine Trennung der Rechtsfertigungsgründe von Sozialadäquanz und verkehrsmäßigem Verhalten aus. Im Grun-

---

1) Damit stellt Bode das Hauptproblem des Rechtfertigungsgrundes heraus. Er weist darauf hin, daß die Gerichte, soweit das Verkehrsrecht infrage stand, die Ordnungs w i d r i g k e i t beziehungsweise Verkehrs w i d r i g k e i t des Verhaltens geprüft haben. Falls die Ordnungswidrigkeit bejaht worden ist, stand auch die Rechtswidrigkeit fest. Eine Diskrepanz gibt es dann nicht. Erst wenn die Ordnungs m ä ß i g k e i t des Verhaltens in Frage steht, tritt die Möglichkeit einer Diskrepanz auf.

2) "Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsgerechten Verhaltens", JZ 58 137.

de handele es sich um den Rechtfertigungsgrund "des objektiv ordnungsgemäßen Verhaltens". Er bezeichnet den Beschluß des Bundesgerichtshofes als revolutionär, weil sich in ihm eine eindeutige Bewertung des Verhaltens und nicht des Erfolges ergebe. Es werde -genau wie bei der Sozialadäquanz- mehr auf den Standpunkt des Schädigers als auf den des Geschädigten abgestellt. Diese Akzentverschiebung prüft Stoll auf ihre Vereinbarkeit mit dem System des BGB.

Die Notwendigkeit einer Untersuchung sieht Stoll begründet, da seines Erachtens die Herübernahme dieses Rechtfertigungsgrundes auf alle sozialen Gefahrenbereiche bevorstehe. Diese Frage sei aber anhand a l l e r Rechtsregeln zu beurteilen. Stoll bringt an zwei Punkten Angriffe gegen die Sozialadäquanz im Zivilrecht vor.

Zunächst befaßt sich Stoll mit dem Rechtswidrigkeitsbegriff des BGB. In § 823 I BGB würden alle absoluten Rechte geschützt. Die in § 823 I BGB aufgezählten Rechtsgüter stünden mit dem sachenrechtlichen Schutz gegen drohende Eingriffe und gegenwärtige Störungen[1] in Zusammenhang. Da bei einer Verletzung der absoluten Rechte, des Lebens, der Gesundheit etc. der Tatbestand des § 823 I BGB erfüllt sei, komme es nur auf den Erfolg an. Somit habe das BGB einen sachverhaltsbezogenen Unrechtsbegriff verfolgt; diese Ansicht werde auch aus den Motiven[2] zum BGB bestärkt. Daneben werde aber das Unrecht auch noch durch subjektive Beziehungen des Täters zur Tat, also handlungsbezogen, bestimmt. Diese Erkenntnis habe schon F i s c h e r für §§ 826, 226 BGB[3] gehabt. Dem handlungsbezogenen Unrechtsbegriff komme im Rahmen von § 823 II BGB Bedeutung zu, weil diese Bestimmung nicht nur den Schutz der absoluten Rechte verfolge.-

Mit dem in § 823 I BGB niedergelegten sachverhaltsbezogenen Unrechtsbegriff sei aber der Rechtfertigungsgrund des verkehrsgerechten beziehungsweise ordnungsgemäßen Verhaltens unvereinbar. Dies hieße, die "Ordnungsform des BGB aufzugeben".[4]

---

1) zum Beispiel § 858, § 1004, § 1065, § 1227 BGB.

2) Motive II 276.

3) Die Rechtswidrigkeit München 1911.

4) Auch May wendet sich in "Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund", NJW 58 1261 ff., 1265 gegen diese Vereinbarkeit der Lehre von der Sozialadäquanz mit dem sachverhaltsbezogenen Unrechtsbegriff des § 823 I BGB; ein handlungsbezogener Unrechtsbegriff sei mit unserem Deliktsrecht nicht in Einklang zu bringen.

Stolls Kritik an der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund im Zivilrecht erstreckt sich auf einen weiteren Punkt. Er macht eine Wesensverschiedenheit zwischen der Sozialadäquanz und anderen Rechtfertigungsgründen geltend. Er verweist darauf, daß alle positivrechtlichen und gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe ein Eingriffsrecht gewähren. Das BGB betrachte allein Eingriffsrechte als Rechtfertigungsgründe. Das stehe zwar, wie der Bundesgerichtshof richtig gesagt habe, der Entwicklung eines neuen Rechtfertigungsgrundes nicht entgegen, doch müsse er dem System des BGB entsprechen und ein Eingriffsrecht geben. Da aus der Sozialadäquanz aber nur eine Rechtfertigung des Verhaltens und nicht des Erfolges abzuleiten ist, sei sie mit dem System des BGB unvereinbar.

Stoll lehnt demnach die Sozialadäquanz aus zwei Gründen ab, weil das Deliktsrecht nur den sachverhaltsbezogenen Unrechtsbegriff kenne und die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund des Verhaltens mit dem System der Rechtfertigungsgründe unvereinbar sei.

Dennoch baut er die Sozialadäquanz beziehungsweise den Rechtfertigungsgrund des verkehrsmäßigen Verhaltens in das System des BGB ein. Man müsse auf dem Standpunkt des Geschädigten stehen und von diesem Standpunkt aus die Sozialadäquanz beurteilen. Dann komme man zu einer "Sozialadäquanz der Gefährdung". Das Ergebnis seiner Überlegungen ist, daß die Gefährdung kraft Sozialadäquanz erlaubt ist, die Verletzung jedoch verboten bleibt. Gefährdung und Verletzung seien auseinanderzuhalten. Eine erlaubte Gefährdung könne durchaus zu einer verbotenen Verletzung führen. "Die Gefährdung von Menschenleben und von fremdem Eigentum durch Steuerung eines Kraftwagens ist (kraft Sozialadäquanz) erlaubt, solange der Fahrer die Gebote des Straßenverkehrs beachtet... Die Betriebserlaubnis gibt nur ein Gefährdungsrecht, kein Eingriffsrecht."[1)]

---

1) Den Gedanken zwischen erlaubter Gefährdung und verbotener Verletzung zu trennen, hat H u b m a n n "Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch" - JZ 58 489 ff. aufgegriffen und das Verhältnis näher beleuchtet. Er sieht die aus der erlaubten Gefährdung resultierenden Verletzungen nicht als naturnotwendig an sondern hält sie lediglich für statistisch wahrscheinlich. Der BGH finde sich zu schnell mit einer Statistik ab und sehe nicht, daß diese Schädigungen vermieden werden müssen. Hubmann sieht die Bedenklichkeit der Rechtsprechung darin, daß bestehende Rechtsvorschriften zwar beachtet und damit das ganze Verhalten als rechtmäßig deklariert werde, obwohl Spezialvorschriften gegebenenfalls außer acht gelassen würden.

Stolls Darlegungen präzisieren das Problem Verhaltensunrecht - Erfolgsunrecht. Jedoch ist seinen Darlegungen nicht in allen Punkten zu folgen. Wenn er meint, daß die Sozialadäquanz keine Rechtfertigung des Erfolges sondern nur des Verhaltens begründe und daraus eine Wesensverschiedenheit zu den anderen Rechtfertigungsgründen ableitet, so scheint er einen Gedanken zu übergehen. Man muß zwischen der Rechtfertigungslage und der Handlung, die auf Grund dieser Rechtfertigungslage vorgenommen wird, unterscheiden. Bei der Notwehr ist die Rechtfertigungslage der rechtswidrige Angriff des Gegners (unter der übrigen Voraussetzung des § 227 BGB); die Handlung auf Grund dieser Lage ist die Verteidigungshandlung[1].

Stolls Meinung, nur die Gefährdung kraft Sozialadäquanz gerechtfertigt sein zu lassen, stellt keine Lösung des Problems dar. Seine Ansicht bedeutet eine Einengung des Begriffs der Sozialadäquanz, der gerade für die Verletzung entwickelt worden ist. Stoll übersieht offensichtlich, daß es nämlich W e l z e l und N i p p e r d e y immer um H a n d l u n g e n ging, die sich innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnungen bewegen. Welzels und Nipperdeys Anliegen ist es gerade, die in Sozialadäquanz vorgenommenen Verletzungs h a n d l u n g e n von dem Urteil der Rechtswidrigkeit zu befreien. Den Begriff der "Sozialadäquanz der Gefährdung" zu errichten, ist gar nicht das primäre Problem gewesen.

Mit einer von Stolls Stellungnahme abweichenden Begründung wendet sich S c h m i d t[2] gegen die Gleichstellung des Rechtfertigungsgrundes des verkehrsgerechten Verhaltens beziehungsweise der Sozialadäquanz mit anderen Rechtfertigungsgründen. Schmidt macht gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofes geltend, daß das verkehrsgerechte Verhalten beziehungsweise die Sozialadäquanz wegen der "Handlungsbezogenheit" eine Sonderstellung einnehme. Denn weil ordnungsgemäß soviel wie rechtmäßig und ordnungswidrig soviel wie rechtswidrig bedeute, bilde die Ordnungsgemäßheit "keine Ausnahme deliktischen Handelns", was hingegen bei den anderen Rechtfertigungsgründen der Fall ist. Die Sozialadäquanz sei vielmehr nur die Kehrseite "der die Rechtswidrigkeit konstituierenden Ordnungswidrigkeiten".-

---

1) Ähnlich verhält es sich bei der Sozialadäquanz: Die Rechtfertigungslage ist die Einhaltung der verkehrsrechtlichen Vorschriften; die zu rechtfertigende Handlung ist die Verletzungshandlung.

2) "Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie", NJW 58 488 ff.

Außerdem beruft sich Schmidt gegen die Sozialadäquanz im Zivilrecht auf den "sachverhaltsbezogenen" Unrechtsbegriff, der dem Deliktsrecht zugrunde liege. Um die Diskrepanz zwischen Erfolgsunrecht - Verhaltensunrecht zu erhellen, verweist er auf folgendes Beispiel. Der Fahrer eines Kraftfahrzeuges, der bei Vorliegen des neuen Rechtfertigungsgrundes rechtmäßig handelt, droht gerade ein Menschenleben zu verletzen. Ein Passant will dem Bedrohten zur Hilfe eilen und wirft daher einen festen Gegenstand vor das Auto. Durch seine Handlung hilft der Passant zwar dem Bedrohten, verletzt aber den Fahrer.-- Nach der Lehre des Bundesgerichtshofs und der Sozialadäquanz geschah Unrecht, da der Fahrer rechtmäßig handelt, die Nothilfe aber einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt[1]. Schmidt kommt damit zu dem Ergebnis, daß man bezüglich §§ 227 ff. BGB den erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff, für das Deliktsrecht dagegen den handlungsbezogenen anerkennt, was aber mehr als unschön sei.

W i e a c k e r[2] hält den Rechtfertigungsgrund des verkehrsgerechten Verhaltens für einen Anwendungsfall der Sozialadäquanz, die "nach richtiger Ansicht neben die klassischen Rechtfertigungsgründe" trete. Er bejaht den Begriff der Sozialadäquanz und umschreibt die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund für Rechtsgutsbeeinträchtigungen, die der Ordnung vernünftigen menschlichen Zusammenlebens gemäß verlaufen. Er meint jedoch, daß die Sozialadäquanz nicht auf das Zivilrecht übertragen werden kann. Er hält eine Übertragung der Lehre von der Sozialadäquanz ins Zivilrecht deshalb für ausgeschlossen, weil die Ausführungen von W e l z e l und N i p p e r d e y zeigen, daß die Sozialadäquanz aus dem finalistischen Handlungsbegriff abgeleitet werden muß. Dieser Handlungsbegriff sei aber mit der klassischen, im Zivilrecht herrschenden Schuldtheorie unvereinbar. Den finalistischen Handlungsbegriff könne man aber nicht in das Zivilrecht übernehmen. Daher gibt Wieacker eine interessante Begründung. Unter Hinweis auf S t r a t h e n w e r t[3] macht er auf die Verschiedenheiten zwischen Straf- und Zivilrecht aufmerksam. Wegen der Unterschiede in der Zielsetzung beider Rechtsgebiete, also aus "der Natur der Sache heraus", könne der finalistische Handlungsbegriff

---

1) Dieses Problem stellt auch F r a n z m a n n in JZ 56 242 heraus. Franzmann will jedoch die Gegenwehr ebenfalls durch Sozialadäquanz gerechtfertigt sein lassen.

2) Zum Urteil des BGH über das verkehrsgerechte Verhalten in JZ 57 535

3) "Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache" - in "Recht und Staat" - 204 211 ff.

keinen Eingang in das Zivilrecht finden. Da aber aus diesem Handlungsbegriff sich die Sozialadäquanz ableitet, könne man auch sie nicht in das Privatrecht rezipieren.

Wieackers Ergebnis kann nicht volle Zustimmung finden. Er geht davon aus, daß der finalistische Handlungsbegriff ein spezifisch strafrechtlicher Handlungsbegriff ist, der sich aus der Zwecksetzung des Strafrechts ergibt, aus der "Natur der Sache". Dieser Ausführung widersprechen Welzel[1] und N i e s e[2]. Der Handlungsbegriff ist aus dem Ontologischen abgeleitet und ist ein vorjuristisches Phänomen (Liszt). Auch E n g i s c h[3] sieht den Handlungsbegriff als einen ontologischen Begriff an. Daraus folgt, daß der finalistische Handlungsbegriff sich nicht aus einer spezifisch strafrechtlichen Notwendigkeit ergibt und damit allein dem Strafrecht angehört. Aus der "Natur der Sache" kann man nicht auf die verschiedenen Zwecksetzungen von Straf- und Zivilrecht abstellen, wenn man über die Rezeption des finalistischen Handlungsbegriffs zu befinden hat. Man kann den finalistischen Handlungsbegriff anerkennen oder seine Gültigkeit verneinen; man kann ihn aber nicht für das Strafrecht akzeptieren und für das Zivilrecht ablehnen.

Wieackers Argumente gegen die Sozialadäquanz treffen nicht den Kern des Problems[4].

B e t t e r m a n n[5] schneidet die Frage nach der Einheitlichkeit der Rechtsordnung an und meint, der Bundesgerichtshof habe fälschlicherweise aus einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift - StVO/StVG- privatrechtliche Folgen abgeleitet. Er bringt den neuen Gedanken, daß bei einer Verletzungshandlung StVO/StVG mit dem BGB idealkonkurrieren. Der Bundesgerichtshof sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß der Tatbestand der Körperverletzung von einer Vorschrift des StVG beziehungsweise der StVO konsumiert werde. Diese Konsumtion sei

---

1) Das neue Bild 1957, S.8 ff.

2) JZ 56 457.

3) Idee der Konkretisierung, S.277 ff.

4) Mit dieser Kritik an Wieacker soll nicht auf die Gründe, die für und gegen den finalistischen Handlungsbegriff sprechen, eingegangen werden. Es soll nur versucht werden zu zeigen, daß Wieacker von nicht ganz richtigen Überlegungen ausgeht.

5) Mehrere Rechtswidrigkeiten NJW 57 986.

unzulässig, da ein Verhalten gemäß den Regeln der StVO lediglich nicht polizeiwidrig sei. Die Frage nach bürgerlicher Rechtswidrigkeit sei damit nicht beantwortet; sie bedürfe eines der "klassischen Rechtfertigungsgründe". Damit behauptet Bettermann die Existenz mehrerer Rechtswidrigkeiten[1] [2].

---

1) Bettermann sucht seine Behauptung mit einem Beispiel aus dem Verwaltungsrecht zu stützen. Er sagt, daß eine behördliche Erlaubnis nie die privatrechtlichen Hindernisse beseitige, sondern lediglich unbeschadet aller zivilen Rechtsverhältnisse ergehe.- Hiergegen ist aber einzuwenden, daß ein Verwaltungsakt aus seiner Natur heraus immer unbeschadet privatrechtlicher Rechtsverhältnisse ergeht, da er nur öffentliche Rechtsverhältnisse regelt und nicht auf das Privatrecht wirken will. Anders verhält es sich aber bei der StVO. Sie hat eine stärkere Kraft als eine behördliche Erlaubnis zum Führen eines Kraftfahrzeuges und als ein wegen seiner Zielsetzung beschränkter Verwaltungsakt. Denn die StVO drückt aus, wann eine Handlung verkehrsmäßig ist und bezweckt die Risikoverteilung. Sie will die möglichen Schädigungen auf ein Mindestmaß herabsetzen. Da aber die Schädigungen in das Privatrecht hinübergreifen, erfaßt die StVO (und das StVG) auch die zivilrechtliche Seite.

2) Gegen Bettermann haben sich H a a s e (NJW 57 1315) und M a y (Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund, NJW 58 1262) gewandt.
H a a s e lehnt Bettermanns Begründung ab, weil er in den Bereich der Rechtswidrigkeit verlege, was in den Tatbestand gehöre.-
May stellt die Forderung nach einer einheitlichen Rechtswidrigkeit auf, wenn es auch ein spezifisch strafrechtliches und bürgerlichrechtliches Unrecht gebe. Die Ermittlung des Unrechts sei eine Frage des Tatbestandes; stehe dieses Unrechtsurteil aber einmal fest, dann gelte dieses für das gesamte Recht.

§ 3 Ablehnende Äußerungen

Die ablehnenden Äußerungen, die sich gegen den Begriff der Sozialadäquanz und damit selbstverständlich gegen seine Anwendung im Zivilrecht ausgesprochen haben, unterscheiden sich in einem wesentlichen Punkt. Eine Gruppe von Autoren lehnt die Sozialadäquanz ab und bringt keinen positiven Vorschlag zur Beantwortung der Fragen, deren Lösung die Lehre der Sozialadäquanz verfolgt. Die andere Gruppe gibt eine konstruktive Lösung der Probleme, die im Zusammenhang mit der Sozialadäquanz stehen[1].

1 Ablehnung ohne positive Lösung

B i n d o k a t[2] lehnt die Sozialadäquanz aus verschiedenen Gründen ab. Einmal lehnt er sie ab, weil sie seiner Ansicht nach rechtsdogmatisch nicht einzuordnen sind. Das unlösbare Problem liegt nach Bindokat in der Kontroverse Erfolgsunrecht - Verhaltensunrecht. Ausgehend von der Bedeutung der Rechtswidrigkeit, kommt er zu dem Ergebnis, daß Handlungsunrecht und Erfolgsunrecht keine Gegensätze seien. Den Oberbegriff bilde das objektive Unrecht; die Unterbegriffe seien das personale und das sachverhaltsbezogene Unrecht. Diese beide Kategorien stünden in einem Wechselverhältnis: Das personale Unrecht verstärke das sachverhaltsbezogene Unrecht. Es könne aber nur an der Stelle hinzutreten, wo aus der Natur der Sache Platz dafür vorhanden sei. Das sei im Strafrecht der Fall, weil dort das sittliche Verhalten des Täters im Vordergrund stehe. Im Strafrecht bilde das gesamte die Tat begründende Verhalten den Gegenstand des Unwerturteils. Primär gehe man allerdings auch im Strafrecht aber von der Rechtsgutsverletzung aus. Im Zivilrecht komme es in erster Linie auf ein haftungsbegründendes Moment, auf den Schadenersatz an. Aus diesem Grunde könne im Zivilrecht zum sachverhaltsbezogenen Unrechtsbegriff nicht noch der personale Unrechtsbegriff hinzutreten. Die Konsequenz sei daher, daß die Lehre von der Sozialadäquanz abzulehnen ist, weil der "Erfolgsunwert" außer acht gelassen werden dürfe. Die Definition der Fahrlässigkeit sage weder etwas aus über die Rechtswidrigkeit

---

1) Ob diese Lösungen anzuerkennen sind, ist eine andere Frage.

2) "Mehrerlei Unrecht?", JZ 58 553.

noch über die Schuld[1] [2].

Darüber hinaus lehnt Bindokat die Lehre von der Sozialadäquanz aus rechtspolitischen Gründen ab. Er weist auf die Gefahren hin, die bei einer Anerkennung der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund für Rechtsprechung und Rechtslehre entstehen. Die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt gebe lediglich die Grundlage für eine Situationsgerechtigkeit ab, wenn man sagt, der Erfolg sei unvermeidbar gewesen. Die Sachgemäßheit des Verhaltens bilde ein sehr zweifelhaftes Moment; denn die Rechtsordnung schütze die Rechtsgüter nicht unter dem Vorbehalt der Einhaltung von Spielregeln, Dienstreglements etc. Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund kann nur für unwesentliche Beeinträchtigungen gelten.

Bindokats Ausführungen kann man nicht mit wenigen Worten unterstützen oder widerlegen. Es fragt sich allerdings, ob Bindokat bei seinen Äußerungen zu § 276 BGB sich in den Bereich der Bedingungen der Strafbarkeit beziehungsweise des Schadensersatzes begeben hat.

L a r e n z[3] wendet sich gegen den Begriff der Sozialadäquanz, weil sie ihm ein zu unbestimmter Wertmaßstab ist[4]. Es ergäbe sich durch den Begriff der "allgemeinen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens" eine neue Generalklausel, wenn man die Sozialadäquanz beziehungsweise die Sozialwidrigkeit einer Handlung feststellen wolle[5].---

Zum Problem der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund sagt Larenz, daß es sich bei ihr der Sache nach nicht um einen Rechtfertigungsgrund sondern um die Frage der Rechtswidrigkeit selbst handele. Daher geht er bei seinen Argumenten gegen die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund von dem Begriff der Rechtswidrigkeit aus. Seines Erachtens gibt es entsprechend den verschiedenen Zwecken des Strafrechts und des Zivilrechts zwei Rechtswidrigkeitsbegriffe[6]. Die strafrechtsliche Rechtswidrigkeit stelle es a l l e i n auf die Gebotswidrigkeit einer Handlung ab. Anders dagegen sei es im Zivilrecht. Schon

---

1) Hierin folgt er B i n d i n g, Normen II, S.520.

2) § 276 BGB als Haftungsmaß erkennen alle Autoren an, doch fragt es sich, ob noch eine weitere Aussage damit gemacht ist. Dies hat Bindokat nicht in den Vordergrund gestellt.

3) Lb des Schuldrechts II, München 1959.

4) S.357.

5) S.359.

6) S.364ff.

die Tatsache der geschehenen oder bevorstehenden Beeinträchtigung des umfassend geschützten Rechts eines anderen begründe die Rechtswidrigkeit.

Dies führt Larenz zu dem erfolgsbetonten Unrechtsbegriff. Im Zivilrecht werde das Unrechtsurteil über den Erfolg gefällt. Damit sei noch kein Urteil über den Handlungsunwert verbunden. Dieses werde erst im Bereich des Verschuldens gefällt[1].

Das Argument, daß erst im Bereich des Verschuldens das Urteil über den Handlungsunwert gefällt werde, stellt keine Begründung dar, daß die im Zusammenhang mit der neuen Lehre von der Sozialadäquanz stehende Auffassung abzulehnen sei. Er wiederholt hiermit lediglich die bereits bestehenden Gründe.

L e h m a n n[2] lehnt die Sozialadäquanz ab. Seine Gegnerschaft bezieht sich auf den Begriff der Sozialadäquanz. Man arbeite hier mit einem nicht hinreichend geklärten Werturteil[3].

Vor allem richtet Lehmann seine Angriffe gegen die rechtsdogmatische Einordnung der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund. Er hebt die Ausrichtung des BGB auf das Erfolgsunrecht hervor. Da das BGB wegen der Tendenz des Schadensausgleichs den Standpunkt des Verletzten einnehme, stehe der "Handlungserfolg" im Vordergrund. Man dürfe nicht die Rechtswidrigkeit losgelöst von dem Sinn der Rechtsvorschrift betrachten. Vielmehr seien alle Rechtsbegriffe aus dem Zweckdenken gebildet. Daher stehe die Anerkennung eines handlungsbezogenen Unrechtsbegriffes mit dem Deliktssystem des BGB nicht in Einklang.-

Er wendet sich vor allem gegen die Einordnung der Sozialadäquanz in die Rechtfertigungsgründe. Mit der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund werde eine Generalklausel vor die kasuistischen Tatbestände des Deliktsrecht geschaltet. Dadurch ergebe sich eine Entwertung der gesetzlichen Tatbestände, die ihres eigentlichen Sinnes beraubt würden, "das Unrecht durch Vertypung in leicht feststellbare Sachverhalte deutlich zu machen"[4]. Denn erkenne man die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund an, so sei die soziale Inadäquanz eine a l l g e m e i n e Voraussetzung der Rechtswidrigkeit. Die Aner-

---

1) S.360.

2) in Enneccerus-Lehmann, 15.Auflage 1958; Festschrift für Hedemann, 1958, S.189 ff.

3) Festschrift, S.189.

4) Enneccerus Lehmann, 15.Aufl., S.933.

kennung führe zu einer "Mißachtung der bereits durch eine gesicherte Rechtsprechung anerkannten Ausschlußgründe der Widerrechtlichkeit."[1] --

Lehmanns Ausführungen gegen den Begriff der Sozialadäquanz ist zuzustimmen. Doch ist ihm nicht in den anderen Punkten zu folgen. Er scheint ein Handeln, das den Regeln des Gemeinschaftslebens entspricht, mit einem Handeln entsprechend der Mode gleichzusetzen[2].

Zwar ist der Begriff der Sozialadäquanz noch nicht geklärt, aber wohl ist unter den Regeln des Gemeinschaftslebens "etwas anderes zu verstehen als Mode".

Seine Bedenken gegen die rechtsdogmatische Einordnung der Lehre von der Sozialadäquanz sind zwar schwerwiegend, indem er von einer "Mißachtung der bereits anerkannten Rechtfertigungsgründe" spricht. Doch wäre bei einer konsequenten Verfolgung dieses Arguments jede Entwicklung über die bereits anerkannten Rechtsgrundsätze hinaus unmöglich.

2 Ablehnungen mit positiver Lösung

N i k i s c h, W u s s o w und Z i p p e l i u s sehen die Lehre von der Sozialadäquanz als überflüssig an und setzen an ihre Stelle eine andere Lösung.

N i k i s c h[3] lehnt die Lehre von der Sozialadäquanz in complexu ab und bringt mit seiner Erörterung über die Rechtmäßigkeit des Streiks, der in den Gewerbebetrieb eingreift, einen neuartigen Gesichtspunkt.

Der Hauptgrund seiner Gegnerschaft liegt darin, daß ihm ihr Begriff zu unklar ist. Er meint mit Anerkennung der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund sei das Problem nicht behoben, da bei einer Tatbestandsverwirklichung das Unrechtsurteil gefällt werden müsse[4]. Es handele sich bei den Fällen, die bei der Sozialadäquanz eine Rolle spielen, um Eingriffe in fremde Rechtssphären, die man sich entweder

---

1) Festschrift, S.189.

2) Sein Beispiel lautet: Der Friseur, der gegen den Willen des Kunden diesem eine hochmoderne Frisur schneidet, ist seinem Kunden gegenüber zu Schadensersatz verpflichtet, da er zwar entsprechend der Mode aber gegen die Einwilligung handelte.

3) Lehrbuch des Arbeitsrecht, 1959, § 64 f.

4) a.a.O., S.117 f.

gefallen lassen muß oder gerne gefallen lasse, weil sie im eigenen Interesse erfolgten. Als dritte Gruppe sieht Nikisch Maßnahmen an, die "in jeder Weise dem normalen Ablauf des Gemeinschaftslebens entspricht, und dessen Ordnung gar nicht verletzen kann".[1]

Der Streik unterfalle auch nicht der letzten Gruppe[2], da er "Verwurzelung in Recht und Leben" erfordere[3]. Der durch den Streik Angegriffene werde bewußt geschädigt. Der Streik stelle somit gerade eine Störung der Ordnung des Arbeitslebens dar.

Wie wenig Nikisch der Begriff der Sozialadäquanz erklärt erscheint, kehrt er heraus: "Man mag ... von einem sozialadäquaten Streik sprechen, aber damit verdeckt man nur die entscheidende Frage nach der Streikfreiheit."[4]

Er kommt durch folgende Überlegungen zu einer konstruktiven Lösung, die die Lehre von der Sozialadäquanz seiner Ansicht nach entbehrlich macht. Wenn sich der Streik in Grenzen der Kampffreiheit bewege, bedürfe der Eingriff nicht eines Rechtfertigungsgrundes der Sozialadäquanz. Vielmehr sei die Streikfreiheit der eigentliche Rechtfertigungsgrund.-

Nikischs Deduktion kann man folgen, soweit es den Streik betrifft. Doch lassen sich mit seinen Überlegungen nicht die anderen Fälle, die zur Entwicklung der Lehre von der Sozialadäquanz beziehungsweise des verkehrsgerechten Verhaltens Anlaß gaben, lösen.
Z i p p e l i u s[5] lehnt die Sozialadäquanz ab, weil seines Erachtens dieser Begriff überflüssig ist. Man komme zu einer Rechtfertigung des -entsprechenden- Verhaltens durch eine vernünftige Auslegung der Rechtsordnung. Dabei knüpft Zippelius seine Deduktion an

---

1) N i p p e r d e y geht weiter, indem er alle Eingriffe in diese Fallgruppe einordnet.

2) Lehrbuch des Arbeitsrechts, S.132.

3) So auch N i e s e in "Streik und Strafrecht", S.30 f. Niese sah als eigentlichen Rechtfertigungsgrund des Streiks die Koalitionsfreiheit an, die in unserer Sittenordnung verwurzelt sei und damit die Grundlage für die Sozialadäquanz abgebe. Niese hält also die Vorschrift des Art.9 GG für einen Niederschlag der Sozialadäquanz und geht damit zur Rechtfertigung des Streiks auf die hinter Art.9 GG stehende Sittenordnung zurück, während Nikisch sich mit der Streikfreiheit begnügt.

4) a.a.O., S.132.

5) Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, NJW 57 1707.

eine Bestimmung der Rechtswidrigkeit. Für die Rechtswidrigkeit sei die Rechtsordnung maßgebend, die aus Ge- und Verboten und aus Erlaubnissätzen bestehe. Die Rechtsordnung stelle eine Verhaltensordnung dar, die schon beim Handeln und nicht erst anhand des eingetretenen Erfolges dem Verhalten eine "Richtschnur" geben solle. Dieser Gedanke müsse bei der Lösung des Problems Verhaltensunrecht - Erfolgsunrecht herausgestellt werden. Es ergebe sich aus ihm, daß das Verhalten bei der Betrachtung im Vordergrund stehe. Das Unrechtsurteil werde allein über das menschliche Verhalten gefällt. Nach Zippelius ist daher die Konsequenz: "Wer im Rahmen dieser Verhaltensordnung bleibt, handelt nicht rechtswidrig". Man könne zur Charakterisierung der Handlung auch auf eine Erfolgsbezogenheit zurückgreifen. Dazu biete sich die Relevanztheorie und die finalistische Handlungslehre an. Nach Zippelius entscheidet über die Frage der Rechtswidrigkeit einer Handlung "die vernünftige Auslegung der Rechtsordnung". Die Sozialadäquanz habe nur die zweitrangige Bedeutung, daß sie angibt, in welcher Richtung die Rechtsordnung auszulegen sei. Eine spezielle Richtungsangabe sei aber gar nicht erforderlich, wenn man dem Prinzip der verkehrsnötigen Sorgfalt neue Grenzen zuweist. Diese Grenzen seien z.B. der StVO etc. zu entnehmen.

Zippelius will durch Auslegung der Rechtsordnung, insbesondere durch Auslegung der Spezialvorschriften wie StVO etc. zu einer Ermittlung der verkehrsnotwendigen Sorgfalt kommen. Damit glaubt er, die Sozialadäquanz entbehrlich machen zu können.

Doch ist hiergegen einzuwenden, daß auch der Bundesgerichtshof für das anzuwendende Maß an Sorgfalt die Verkehrsregeln heranzog und deshalb zu der Konsequenz kam, die Zippelius nicht gezogen hat, nämlich, daß das Verhalten gerechtfertigt ist. Zippelius bleibt mit seiner Erkenntnis vor der zu ziehenden Schlußfolgerung stehen.-

Auch W u s s o w hat sich zur Lehre von der Sozialadäquanz ablehnend geäußert[1].

Ein Grund seiner Gegnerschaft zur Sozialadäquanz ist, daß man entsprechend dem BGB-System das sachverhaltsbezogene Unrecht kenne und das handlungsbezogene Unrecht abzulehnen sei. Über diese Diskrepanz käme man nur hinweg, wenn man die bisherige Trennung zwischen Verhalten und Erfolg aufgibt und Verhalten und Verletzung als e i n e H a n d l u n g auffaßt.-

---

1) "Zur Lehre von der Sozialadäquanz" in NJW 58 891ff.

Darüber hinaus geben ihm verschiedene Konsequenzen der Lehre von der Sozialadäquanz zur Kritik Anlaß.

Wussow will die Lehre von der Sozialadäquanz durch den Hinweis auf ihr Verhältnis zur Einwilligung widerlegen. Er sieht ein besonderes Problem dann als gegeben, wenn Einwilligung und Sozialadäquanz nebeneinander wirken sollen. Er bringt das Beispiel, daß eine Operation mit Einwilligung des Kranken, aber sachwidrig vorgenommen wird. Nach der Lehre von der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund sei die Operation gerechtfertigt, nach der Lehre von der Sozialadäquanz aber rechtswidrig. Auf der anderen Seite sei eine Operation ohne Einwilligung, die aber sachgerecht ausgeführt wird, kraft Sozialadäquanz gerechtfertigt, aber mangels Einwilligung rechtswidrig. Aus diesem Dilemma sieht Wussow keinen Ausweg[1].

Nach Wussow hat die Lehre von der Sozialadäquanz noch eine andere Widersinnigkeit zur Folge. Die Sozialadäquanz sei abzulehnen, "weil bei Verneinen der Rechtswidrigkeit einer ... Körperverletzung insoweit eine unerlaubte Handlung vorliegen müsse, die von dem Handelnden auch vorsätzlich als erlaubte begangen werden kann, ohne daß ihn eine Schadensersatzpflicht trifft. Der ordnungsgemäß auf der Straße fahrende Kraftfahrer müßte somit berechtigt sein, ganz bewußt den leichtsinnig vor ihm auf dem Fahrdamm laufenden Fußgänger zu überfahren."[2] [3]

---

1) Ohne auf dieses Problem näher eingehen zu wollen, könnte man diesen Konflikt im Sinne der Lehre von der Sozialadäquanz lösen. Man kann argumentieren: Eine Operation, die eine Einwilligung erforderlich macht, aber ohne eine Einwilligung durchgeführt wird, ist sozialinadäquat, da die Sozialadäquanz im weiteren Sinne die Einwilligung beinhaltet. Der BGH hat in einer Grundsatzentscheidung (Aktenzeichen 6 ZR 87/58) festgestellt, daß eine ohne wirksame Einwilligung vorgenommene Operation immer rechtswidrig sei. Im entgegengesetzten Fall einer sachwidrig, aber mit Einwilligung ausgeführten Operation, ist zu bedenken, daß eine Einwilligung in die Operation nicht schlechthin gegeben ist, der Patient willigt nur in eine sachgemäße Operation ein ("lege-artis-Klausel").

2) Auch L e h m a n n in "Festschrift für Hedemann", S.189 nimmt zu dieser Widersinnigkeit der Lehre von der Sozialadäquanz Stellung und drückt das zugespitzt damit aus, daß man zu einer "Figur der erlaubten Tötung durch verkehrsrichtiges Verhalten" komme.- Hierzu sagt R i c h t e r in "Schuld im Zivilrecht", NJW 58 1171, s.n.S.

Wussow meint, daß die Lehre von der Sozialadäquanz nicht erforderlich sei sondern die Fälle sich mit Hilfe der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund lösen ließen.

Er kritisiert Nipperdey Zusammenstellung[1] der verschiedenen Fälle, in denen die Rechtsordnung einen Eingriff in fremde Rechtsgüter gestatte, weil ein sozialadäquates Handeln gegeben sei. Wussow unterteilt die angeführten Beispiele in zwei heterogene Fallgruppen. Die erste Kategorie - Schädigungen im Wettbewerb und Arbeitskampf - werde von Fällen gebildet, die grundsätzlich keine unerlaubte Handlung darstellen, weil das Gesetz Handlung und Erfolg billige. Es lägen tatbestandslose und daher zulässige Vermögensschädigungen vor, die somit keines Rechtfertigungsgrundes bedürften.-

Hiergegen kann man jedoch einwenden: Wussow läßt den wichtigsten Fall im Arbeitskampf, nämlich den Streik, aus und behandelt ihn auch nicht

---

was ganz selbstverständlich ist, daß das Überfahren eines Menschen durch einen Kraftfahrer ausnahmslos unerlaubt ist. M a y in "Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund", in NJW 58 262 ff. fragt, ob man die gegenteilige Meinung ernstlich behaupten wolle. Auf diese unsinnige Folge weist auch B i n d o k a t "Mehrerlei Unrecht?", JZ 58 555 hin.--
Dem ist beizupflichten. Wie dürfte ein Fahrer, weil e r sich verkehrsgerecht verhält, den Passanten "zur Strafe" für dessen Unachtsamkeit töten! Eine Argumentation mit Hilfe von § 1 StVO könnte jedoch der Lehre von der Sozialadäquanz helfen, indem man sagt: Wenn § 1 StVO nicht erfüllt sei, dann handele man eben nicht mehr sozialadäquat. Dieses Argument trifft jedoch nicht das Problem. Denn § 1 StVO will als Generalklausel gerade diejenigen Handlungen ergreifen, die nicht vom Verkehrsrecht geregelt werden konnten. Außerdem ist ein Verhalten, das § 1 StVO entspricht, mit dem Erfolg verknüpft. Dieses Argument scheidet deshalb aus der weiteren Betrachtung aus, weil es um ein Verhalten geht, das eines Rechtfertigungsgrundes bedarf.--
In den anderen Fällen, in denen die Sozialadäquanz Anwendung finden soll, entsteht dasselbe Problem, das Wussow aufgezeigt hat. Es widerstrebt, dem sich spielgerecht verhaltenden Boxer das Recht geben zu wollen, dem Gegner einen schwerverletzenden oder gar tödlichen Schlag versetzen zu dürfen.-

3) Die von Wussow dargelegte Widersinnigkeit haben N i p p e r d e y, W e l z e l und N i e s e nicht herausgestellt.

1) Nipperdey, NJW 57 1777 ff.

an einer anderen Stelle. Der Streik ist tatbestandsmäßig eine Nötigung und führt oft zu Verletzungen des Gewerbebetriebes oder anderer in § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter. Es ist nicht einzusehen, daß der Streik von vornherein nicht Deliktstatbeständen unterfalle.

Die zweite Kategorie wird nach Wussow von Handlungen gebildet, die von vorneherein unerlaubte Handlungen darstellen. Bei ihnen sei die Rechtswidrigkeit die Regel, und nur ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund liege vor.

Für diese Fälle hält aber Wussow die Bildung eines neuen Rechtfertigungsgrundes für überflüssig, weil sie sich mithilfe der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund lösen ließen.-

Wussow ist beizupflichten, soweit es sich um die nach E n g i s c h[1] "völlig harmlosen Fälle", wie das Haarschneiden oder die "Freiheitsberaubung" in öffentlichen Verkehrsmitteln, handelt. Doch hat Wussow etwa die Fallgestaltung übersehen, daß das Verkehrsmittel zum Beispiel aus verkehrstechnischen Gründen an einer Haltestelle weiterfährt. Hier ist das Weiterfahren des Beförderungsmittels nicht mehr durch die Einwilligung des Fahrgastes getragen. Auch ist Wussow zuzustimmen, daß er die Operationen von der Einwilligung gerechtfertigt sein läßt. Doch versagt die Konstruktion der Einwilligung, falls die Operation tödlich verläuft, da nach § 216 StGB eine Einwilligung für den Todesfall nicht wirksam ist.-

Ebenso ist Wussow nicht zu folgen, soweit es um die Einwilligung bei Sportunfällen geht.

Wussow bezieht sich auf eine Entscheidung der Gerichte[2] bei Badeunfällen. Das Gericht entschied, daß sich derjenige der ein Bad benützt, aber die latenten Gefahren auch des Ertrinkens, im klaren sein muß und diese Gefahren inkauf nimmt. Daher müsse eine Haftung abgelehnt werden, falls kein Verschulden des Unternehmens gegeben ist.

Dem Fall lag die Frage einer Vernachlässigung der Rechtspflicht zum Handeln seitens des Badeunternehmens zugrunde. Das Gericht hatte die Inanspruchnahme des Badeunternehmens wegen der vermuteten Einwilligung des Badenden abgelehnt.

---

1) "Die Idee der Konkretisierung", S.240.

2) BGH NJW 54, 1119 = VersR 54, 143; LG Augsburg VersR 53, 501.

Wussow übersieht wohl, daß die Vergleichssituation zwischen den Sportunfällen und dem von den Gerichten entschiedenen Fall fehlt. Bei Sportunfällen, zum Beispiel im Boxring, tritt der Tod durch ein positives Handeln des Gegners ein. Beim Ertrinkenden dagegen liegt die potentielle Gefahr im Wasser und in der schwächlichen Konstitution des Badenden begründet. Daher ist dieser Vergleich abzulehnen, da aus den Rechtsfolgen in einem Fall nichts für die in einem anderen Fall gefolgert werden kann.

Somit ist festzustellen, daß in der zweiten Kategorie nicht alle Fälle durch Einwilligung gerechtfertigt sind. Die Einwilligung kann nur in einigen Fällen als Rechtfertigungsgrund angesehen werden.

§ 4 Zusammenfassung und Ergänzung

Die Einzelprobleme der Lehre von der Sozialadäquanz stehen zum Teil nebeneinander und zum Teil in Anhängigkeit. Hieraus ergeben sich verschiedene Problemkreise.

W e l z e l und N i p p e r d e y haben den Begriff der Sozialadäquanz geprägt. Indem sie die sittliche Ordnung beziehungsweise die Sozialethik als Maßstab für gewisse Handlungen angeben, gehen sie von Begriffen aus, die einer besonderen Klärung bedürfen. Mit dem Ausdruck "sozialethische Ordnung" wird die Sozialethik beziehungsweise Sittenordnung angesprochen. Diesen Ordnungen wird eine Einwirkung auf das Recht zugesprochen.

In diesem Zusammenhang hätte geklärt werden müssen, was unter Sittenordnung verstanden wird. Ferner stellt sich die Frage, warum ein Verhalten, das unserer S o z i a l ordnung entspricht, rechtmäßig werden kann, wenn der Erfolg (der auf dieses Verhalten zurückzuführen ist) prima facie von der R e c h t s ordnung mißbilligt wird. Daraus leitet sich das Problem ab, wie diese beiden Ordnungen zusammentreffen können und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Nur aus einer Untersuchung dieses Verhältnisses kann sich ergeben, warum ein Verhalten, das der Sozialordnung entspricht, auch dem Recht gemäß verläuft.

Eine grundlegende Untersuchung über das Verhältnis Recht zu Unrecht hätte gezeigt, wieso die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund zu

beurteilen ist. Hierdurch hätte man die Sozialadäquanz in das System der Rechtfertigungsgründe einordnen können und wäre zu einer Klärung des Begriffs "Vermeidbarkeit" gekommen, den Nipperdey und Niese als Kriterium für das Vorliegen der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund ansehen.

Auch das Problem Erfolgsunrecht - Verhaltensunrecht ist nicht gelöst. Wenn man dieses Problem von einer neuen Seite beleuchtet, so ergibt sich die Frage, ob die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund einen Eingriff in fremde Rechtssphären zuläßt.
Darüber hinaus ist darauf aufmerksam zu machen, daß eine differenzierte Behandlung zwischen vorsätzlichem und nichtvorsätzlichem Handeln erforderlich scheint. Der Begriff der Sozialadäquanz ist im Hinblick auf vorsätzliche u n d nichtvorsätzliche Handlungen entwickelt worden. Ob die Gleichbehandlung beider Handlungsarten gerechtfertigt ist, muß noch geklärt werden; denn der Begriff "Einhaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt" ist im Bereich der nichtvorsätzlichen Handlungen entwickelt worden. Daraus könnte sich ergeben, ob die Vorschrift des § 276 I 2 BGB nur für das nichtvorsätzliche Handeln Bedeutung hat oder ob dahinter eine Aussage über die Rechtswidrigkeit steht, die für a l l e Handlungen gilt.

Hieraus folgt, daß man nicht von einer einheitlichen Lehre von der Sozialadäquanz sprechen kann[1].
Die Gegner des Begriffs der Sozialadäquanz tragen teilweise schwere rechtspolitische oder dogmatische Bedenken gegen ihn oder seine Einordnung in das Rechtssystem vor. Diese Bedenken sind jedoch insofern verfrüht, als man hätte untersuchen müssen, ob die Rechtslehre nicht durch Ergänzungen oder Abänderungen in neue Bahnen gelenkt werden kann. Auch bedarf es wohl einer Klärung, ob man die rechtspolitischen Folgen, die zu seiner Ablehnung veranlaßten, abmildern kann.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die bisherigen Darlegungen zwar viele Probleme der Lehre von der Sozialadäquanz aufgedeckt und beleuchtet, aber noch keine Lösung gebracht haben.

---

1) Auch Nipperdeys Formulierung, bei der Sozialadäquanz handele es sich um ein "allgemein anerkanntes Rechtsprinzip" - so in Lb d ArbR § 49 und NJW 1957 1777 - ebenso des BAG in NJW 1955 882- ist daher bedenklich.

2.TEIL: DIE BEGRÜNDUNG DES PRINZIPS DER SOZIALADÄQUANZ IM ZIVILRECHT

Vorbemerkung

Die Versuche der Autoren, die aufgeworfenen Probleme mit der Lehre von der Sozialadäquanz zu lösen, können als nicht erfolgreich angesehen werden. Der Hauptgrund, warum eine Lösung nicht gefunden werden konnte, liegt in folgendem: Die Lehre gibt der Sozialadäquanz ein zu weites Anwendungsfeld, das durch die Rechtsprechung noch vergrößert wurde, und weist ihr inhaltlich verschiedene Gebiete zu. Die Klammer um diese Gebiete ist die Einstellung der Öffentlichkeit diesen Schäden gegenüber; sie hat sich an diese "Vorfälle" gewöhnt und nimmt sie hin, weil sie zum Ablauf des täglichen Lebens gehören. Von diesem Gesichtspunkt gehen die Konstruktionen der Lehre aus: Sobald festgestellt ist, daß eine Handlung in diesen Bereich fällt -- Voraussetzung für eine Zugehörigkeit ist, daß die entsprechenden Reglements, Spielregeln, Ordnungen etc. eingehalten sind -- soll sie, nur eben w e i l sie in diesen Sektor fällt, gerechtfertigt sein.

Dieser Grundsatz ist auch bei Nipperdeys Ausführungen[1] und Wussows Kategorisierung[2] zu finden. Sie betrachten eine Handlung als gerechtfertigt, wenn sie dem Bereich des Sports, des Verkehrs oder des wirtschaftlichen Wettbewerbs, des Arbeitskampfes etc. entsprechen. Doch bemißt sich die Rechtswidrigkeit oder Rechtsmäßigkeit einer Handlung nicht, wie es bei Nipperdey und Wussow den Anschein hat, danach, ob sie einem bestimmten Ausschnitt unseres Lebensablaufs angehört ohne Rücksicht darauf, unter welch näheren Umständen sie getätigt wird. Denn es ist einleuchtend, daß eine Handlung nicht nur deshalb rechtmäßig ist, weil sie im Straßenverkehr unter Einhaltung der Straßenverkehrsregeln vorgenommen worden ist. Zwar ist zuzugeben, daß für die Gesamtbeurteilung einer Handlung die Zugehörigkeit zu einem Bereich des Lebens Bedeutung erlangen kann, weil primär Inhalt und Zweck einer Handlung für deren Rechtsnatur ausschlaggebend sind. Doch ist davon die Deckung mit bestimmten Regeln zu trennen.

Die Problematik liegt in der Einordnung der individuellen Handlung in

---

1) Nipperdey "Sozialadäquanz, Rechtwidrigkeit und Schuld im Zivilrecht", NJW 57 1777.

2) Wussow, "Zur Lehre von der Sozialadäquanz", NJW 58 891.

das Rechtssystem. Wenn man eine Handlung als sozialadäquat bezeichnet, weil sie einem bestimmten Lebensbereich angehört, geht man unrichtigerweise genau den entgegengesetzten Weg. Die Typisierung der Handlung im nichtjuristischen Bereich kann nur zu einer Erkenntnis führen, die nichtjuristischer Natur ist. Erst wenn eine Typisierung im juristischen Bereich vorgenommen wird, erschließen sich juristische Erkenntnisse. Allerdings ist auch noch nachträglich eine Orientierung des rechtlichen Typusbegriffs an der Typik des Lebens möglich[1].

Man kann daher zur Lösung des Problems um das es bei der Sozialadäquanz geht, so vorgehen wie die Autoren[2] es unternommen haben.

Der klarere und logischere Weg ist jedoch ein anderer. Dabei soll jeweils nur ein Problem untersucht werden; nur e i n Problem soll unter Außerachtlassung der übrigen Fragen Gegenstand der Untersuchung sein. Die Untersuchung soll in der Reihenfolge vorgenommen werden, wie sich dabei die Problemkreise von selbst stellen.

Zuerst ist zu klären, in welchem Verhältnis Sozialethik und Recht stehen, wie also die Ethik auf das Recht einwirken kann (1.Abschnitt). Sodann folgt die Prüfung, welche Folgen sich ergeben, wenn Recht und Unrecht sich gegenüber stehen (2.Abschnitt). Daran schließt sich die Frage, ob die Lehre von der Sozialadäquanz ein Eingriffsrecht gewährt. (3.Abschnitt).- Die noch bestehenden Probleme, wie zum Beispiel die Frage nach der Fahrlässigkeit, dem Schadenersatz etc. werden zum Schluß behandelt (4.Abschnitt).

---

1) So charakterisiert Engisch in "Idee und Konkretisierung", S.227 - ohne allerdings die Literatur zur Sozialadäquanz zum Anlaß zu nehmen - die Existenz des Begriffs "sozialadäquates Verhalten" als "Orientierung für den rechtlichen Typusbegriff an der Typik der Lebensphänomene", was später in anderem Zusammenhang noch interessieren wird. Aber es erfordert - dies setzt Engisch zwar nicht expressis verbis voraus - die Zugehörigkeit zu gewissen Lebensbereichen noch einen zusätzlichen Akt, nämlich die Transponierung ins Rechtliche.

2) vgl. 1.Teil.

1. Abschnitt: Das Verhältnis des Rechts zur Sozialethik (Der Begriff der Sozialadäquanz)

1. Kapitel: Sozialadäquanz und Sozialethik

Bei der Tatbestandsverwirklichung einer Handlung ist die Rechtswidrigkeit vorläufig gegeben[1].
Die Rechtswidrigkeit wird nach der Lehre von der Sozialadäquanz durch das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes der Sozialadäquanz beseitigt. Die Rechtfertigung der Handlung wird dabei deshalb angenommen, weil die Handlung in Übereinstimmung mit den Regeln der Sozialethik vorgenommen worden ist.

Hieraus ergibt sich das Neuartige an der Methode, für eine individuelle Handlung entsprechend der Lehre von der Sozialadäquanz (oder dem verkehrsgerechten Verhalten) das Recht zu finden. Es ist ein Novum, daß man die zu beurteilende Handlung nicht nur an den bestehenden Regeln des Rechts - etwa § 823 I BGB oder Spezial g e s e t z e n - mißt, sondern auch noch an anderen Regeln, und zwar an denen der sozialethischen Ordnung beziehungsweise der Sittlichkeit. Man nimmt also eine Doppelprüfung vor.

Diese Methode ist zulässig, vorausgesetzt, daß die Regeln der Sozialethik einen Teil unserer Rechtsordnung bilden. Die Sozialethik ist die Ethik des Gemeinschaftslebens und enthält die Lehre von den ethischen Verhältnissen und Pflichten, die aus dem Gemeinschaftsleben erwachsen[2]. Die Sozialethik ist eine Unterart der Ethik und daher nicht mit dem Recht zu verwechseln. Sie beschäftigt sich mit den sittlichen Pflichten innerhalb der Gemeinschaften.

Das Gesetz selbst öffnet das Recht in §§ 226, 227, 242 und 826 BGB der Sozialethik; aber daß in diesen Vorschriften ausdrücklich Bezug genommen wird auf die Sozialethik, zeigt die Wesensverschiedenheit von Recht und Sozialethik an; denn im entgegengesetzten Fall würde eine Bezugnahme sich erübrigen, da Sozialethik und Recht sonst identisch wären.

Hier wird das Problem ersichtlich. Es besteht darin, ob eine Bezug-

---

1) Welzel, Das neue Bild, S.20.

2) Philosophisches Wörterbuch Schmidt-Schischkoff, 14.Aufl., 1957.

nahme auf die Regeln der Sozialethik auch außer in den durch Gesetz festgelegten Vorschriften möglich ist.

Nach Welzel[1] und Nipperdey und den ihnen folgenden Autoren ist es die "geschichtlich gewordene sozialethische Ordnung des Gemeinschaftslebens", die die Wirkung ausüben soll, daß ein Verhalten gemäß dieser Ordnung rechtmäßig sein soll.

Wenn man behauptet, daß ein den Gemeinschaftsregeln gemäßes Verhalten rechtmäßig sei, muß man erst einmal, bevor man auf die Wirkung dieser Ordnungsmäßigkeit zum Recht, also die Rechtmäßigkeit, zu sprechen kommt, klären, welche Qualität dieser sozialethischen Ordnung eignet. Unproblematisch ist dies, wenn die Ordnungsgemäßheit im Straßenverkehr gesetzlichen Vorschriften, also Normen entnommen wird, die positives Recht darstellen. Hier hat sich die Sozialethik bereits in staatliche Normen umgewandelt. Es bleiben jedoch die an Zahl überwiegenden Fälle, in denen keine positive Norm besteht. Bei ihnen wird nach Welzel und Nipperdey die Ordnungsgemäßheit nicht aus positiven Rechtsregeln entnommen. Es fragt sich, welcher Natur diese Regeln sind, ob es sich um gewohnheitsrechtliche, d.h. positive oder bloß sozialethische Normen handelt.

Wenn diese Regeln zum Inhalt von Satzungen gemacht sind wie bei Vereinen, so liegt relatives Recht vor, das nur im Verhältnis zu den Mitgliedern Rechte und Pflichten erzeugt. Dritten gegenüber hat es dagegen keine Wirkung.

Fehlen die drei Anforderungen, die Gewohnheitsrecht ausmachen, so ist auch kein Gewohnheitsrecht gegeben.

Ist aber kein Recht gegeben, dann liegt nur eine Gewohnheit oder eine Sitte vor, eine einmalige Anordnung oder ein Volksbrauch. Für den Positivisten gibt es dieses Problem nicht. Er identifiziert Recht und Gesetz, weil das Recht die Macht hatte, Gesetz (oder positives Recht) zu werden; daher komme ihm der alleinige Anspruch zu, Recht zu sein. Dafür muß aber der Positivist, wie Radbruch[2] ausführt, wegen des für ihn im Vordergrund stehenden Wertes, der Rechts-

---

1) Welzels Definition der Sozialadäquanz lautet: "Handlungen, welche sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr offensichtlich gestattet werden, sind sozialadäquat".

2) "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", SJZ 46 105.

sicherheit auf andere Werte verzichten, vor allem auf den Wert der Gerechtigkeit. Aber erst der Wert der Gerechtigkeit macht mit dem der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit die "Rechtsidee" aus.

Ausgangspunkt und Zentrum der Diskussion um die Sozialadäquanz ist die zu klärende Frage, w e m die Durchschlagskraft zukommt, eine Rechtfertigung zu bewirken. Diese Kraft sprechen Welzel und Nipperdey gewissen Regeln, die sich aus unserem Gemeinschaftsleben entwickelt haben, zu. Es sind Regeln der Sozialethik beziehungsweise Sittlichkeit. Welzel und Nipperdey sehen keine Kollision von Recht und "Außer-Recht", sondern nehmen ein Ineinandergreifen von Sozialethik und Recht an, wobei im Falle eines Zusammentreffens den "gelebten" Regeln der Vorrang gebühre. Es ist jedoch zu wenig, als alleinigen Grund für die Kraft dieser Regeln anzuführen, d a ß sie sich in unserem Gemeinschaftsleben entwickelt haben. Das Problem ist festzustellen, ob diese Regeln der Sozialethik auch Regeln des R e c h t s sind. Wenn sie nicht Rechtsregeln sind, muß die weitere Frage folgen, ob die E t h i k überhaupt auf das Recht einwirken kann, und wenn ja, ob hier eine Kollision möglich ist. Das Problem konzentriert sich darauf, ob Recht und Ethik zwei k o m m e n s u r a b l e Größen sind. Daher ist die eigentliche Bedeutung dieser Regeln und speziell ihre Bedeutung im Zusammenhang mit dem Rechtssystem zu ergründen. Die Klärung des Verhältnisses Gemeinschaftsregeln - Recht ist daher zunächst erforderlich.

Es ist primäre Aufgabe dieses Abschnitts, die Natur dieser Regeln zu ergründen; anschließend erst kann man darauf zu sprechen kommen, ob sie einen Rechtfertigungsgrund erzeugen können. Das Problem konzentriert sich also darauf, ob es gewisse Regeln außerhalb der gewohnheitsrechtlich oder gesetzlich anerkannten Regeln gibt, die auf das Recht einwirken können; mit anderen Worten, ob die Sittlichkeit beziehungsweise Sozialethik überhaupt einen Einfluß auf das Recht und in welchem Maße ausüben kann. Es geht daher um zwei Begriffskomplexe:

E r s t e n s entsteht die Frage, o b a u f d a s R e c h t n o c h e t w a s a n d e r e s a l s R e c h t, z u m B e i s p i e l d i e S o z i a l e t h i k w i r k e n k a n n. Z w e i t e n s ist festzustellen, w e l c h e Q u a l i t ä t d i e s e n R e g e l n z u k o m m t

Eine solche Klärung läßt sich am ehesten erreichen, wenn man an das Grundproblem herangeht: W a s i s t R e c h t? Weiß man, was Recht ist und wie es entsteht, so kann man auch, weil es sich dann von den

anderen Kulturerscheinungen abhebt, erklären, was nicht dazugehört.

Eine Antwort auf diese Frage macht eine Übersicht über die Meinungen in der Literatur zu diesem Thema nötig und verlangt eine eingehende Auseinandersetzung. Dabei ist zu bemerken, daß es sich um ein Problem handelt, das für alle menschlichen Regeln, die auf den ersten Blick nicht Rechtsqualität besitzen, Bedeutung gewinnt.

2. Kapitel: Die Stellung der Lehre zur Frage der Rechtsentstehung

Eine Begriffsbestimmung des Begriffs "Recht" in einem einzigen Satz ist nicht möglich. K a n t hat zu diesem Problem auf Augustinus' Ausspruch verwiesen: "Wenn Du mich fragst, was Recht ist, so weiß ich es nicht. Wenn Du mich nicht fragst, so weiß ich es."[1]

Die Lehre beantwortet die Frage, was das Recht ist und wie es entsteht, unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten. Die Stellungnahmen schneiden sich an der jeweiligen Einstellung zu den rechtsphilosophischen Grundproblemen.

§ 1 Das empirisch - positivistische Rechtsdenken

Der Positivismus sieht das Recht als Ergebnis der historischen Rechtsentwicklung an[2]. Er will alle Metaphysik aus dem Recht verbannen. Jegliche Rechts w e r t betrachtung wird als unwissenschaftlich zurückgewiesen. Die empirische Erforschung des Rechts steht daher im Vordergrund.

In dieser Grundauffassung stimmen alle positivistischen Stellungnah-

---

1) Kant, Die drei Kritiken in ihrem Zusammenhang mit dem Gesamtwerk, Kröner-Verlag, Leipzig 1933, S.362; vgl. auch Sauer, Gesellschaft, S.407.

2) Larenz, Methodenlehre, S.31.

men überein. Sie unterscheiden sich dadurch, daß verschiedene Seiten des Rechts jeweils als maßgebend angesehen werden.

1 Die psychologisierenden Auffassungen

Die psychologisierenden Auffassungen halten das Recht als im Bewußtsein des Menschen begründet. Die Rechtsquelle ist das Bewußtsein des Menschen.

11 Bindings Normentheorie

B i n d i n g nimmt im Zusammenhang mit seiner Normentheorie[1] zur Entstehung des Rechts Stellung[2]. Er geht davon aus, daß alles Recht ist, was den erklärten Willen einer Rechtsquelle darstellt. Das Ergebnis des erklärten Rechtswillens sei die Norm, die er in Gesetzesrecht (das eine ausdrückliche Rechtswillenserklärung darstellt) und ungesetztes Recht aufteilt. Das ungesetzte Recht besteht aus einer konkludenten Handlung. So kommt Binding zum erklärten und konkludenten Rechtssatz. Er kennt außer dieser Rechtsentstehung durch Ausdrücklichkeit und Konkludenz des Rechtswillens keine weitere Art[3].

12 Bierlings Stufentheorie

Für B i e r l i n g[4] ist das Recht ein abstrakter Begriff, der als allgemeiner Begriff im Sinne der formalen Logik verstanden sein will. "Recht ist alles, was Menschen, die in irgendwelcher Gemeinschaft untereinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen."[5] "Die Norm ist der Ausdruck des Wollens, das Vollziehung seitens anderer erwartet".[6]

Die Anerkennung ist "ein andauerndes habituelles Verhalten".[7]. Psychische Vorgänge sind maßgebend, da sie "die treibende Kraft der Norm" sind.

---

1) Normen I, S.31 ff.
2) a.a.O., S.68 ff., insbes. S.72.
3) ebenso Somló Jur. Grundlehre, S.334 ff.
4) Jur. Prinz. I
5) a.a.O., S.19.
6) a.a.O., S.29.
7) Kritik I, S.82.

B i e r l i n g[1] erklärt alle Regeln für Recht, soweit es sich um solche des menschlichen Zusammenlebens handelt und sie fortgesetzt anerkannt werden. Er fordert eine Ursprungsnorm, auf die alle weiteren Normen sich zurückführen lassen, auch diejenigen, die neu entstehen[2]. Diese Stufentheorie grenzt die ursprünglich sehr weit gefaßte Theorie zur Rechtsentstehung wieder ein. Sie besagt, daß bei Ungültigkeit der Obernorm sich auch eine Nichtigkeit der abhängigen Norm ergibt. Wenn man auch die Theorie der E n t s t e h u n g akzeptieren möchte, so ist sie aber aus den Einwänden gegen die nicht tragbare[3] Stufentheorie abzulehnen, weil sie eine Einheit mit ihr bildet[4].

13 Die I m p e r a t i v e n t h e o r i e n

131 W u n d t[5] leitet die Rechtsnormen[6] aus der Sitte ab. "Aus dem Umkreis der Regeln der Sitte haben sich gewisse Normen ausgeschieden, die unter den direkten Schutz des Staates und seiner Organe gestellt wurden, und denen daher dieser teils durch Verkündung seiner Vorschriften und Urteile, teils, wo dies nicht genügt, durch die Anwendung von Zwang Geltung verschaft, während er sie zugleich als ... Macht anerkennt."[7]. "Was Recht sei und was nicht, wird - zum Teil unter Anlehnung an bestehende Sitten - für den einzelnen Fall entschieden. Aus gleichartigen Fällen bildet sich dann eine Rechtsgewohnheit, die, sobald sie hinreichend Festigkeit erlangt hat, um als bindende Norm auch für die Zukunft zu gelten, zum Gewohnheitsrecht wird."[8]

Wundt sieht sowohl im Recht wie in der Sitte den Zwang als wesentlich an, jedoch mit dem Unterschied, daß der Zwang der Sitte wie sie selbst nicht durchzusetzen sei[9]. Aber die gesamte Rechtsordnung stehe unter dem Zwang der Sitte. Doch trete zum Recht noch der p h y s i s c h e Zwang hinzu (Imperativentheorie!!).

---

1) Juristische Prinzipienlehre I, S.40.
2) a.a.O., I, S.105.
3) vgl. Engisch "Die Einheit der Rechtsordnung", S.15.
4) Weitere Anhänger der Stufentheorie in anderer Richtung: A.Merkl: "Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917, Kelsen, Allg. Staatslehre 1925, S.233 ff.
5) Ethik, 2 Bände, Stuttgart 1903.
6) a.a.O., I, S.225.
7) a.a.O., I, S.226.
8) a.a.O., I, S.227.
9) a.a.O., II, S.127 ff.

132 Hold von Ferneck

H o l d von F e r n e c k hat in seiner eingehenden Untersuchung über das Wesen der Rechtswidrigkeit die einzelnen Probleme durchleuchtet.

Er fußt auf der von T h o n[1] entwickelten Imperativentheorie und kommt im Endergebnis zur folgenden Definition des Rechts: "Das Recht ist mithin - immer objektiv betrachtet - eine unmittelbar auf Grund mechanischer Zwangsmittel wirkende, sich wenigstens regelmäßig durchsetzende psychische Macht über den Willen des Menschen, die die Funktion übt, in der Form von Beziehungen zwischen Menschen die Interessen der Zusammenlebenden zu schützen. Das Mittel des Schutzes ist die Auferlegung von Pflichten: Der Pflichtbegriff ist der Mittelpunkt des Rechtssystems.-[2] [3]

Ferneck baut systematisch den Begriff des Rechts auf. Die einzelnen Steine dieses Gebäudes, das die Definition abgibt, stehen miteinander in fester Verbindung. Als Ausgangspunkt wählt er die allgemeine Überzeugung im Volk, daß etwas Recht sei. Daher kommt er dazu, das Recht als s o z i a l e s Produkt anzusehen, dessen Existenz ausschließlich aus dem Zusammenleben resultiert[4]. Mit diesem Gedanken kehrt er die massen p s y c h o l o g i s c h e Seite des Rechts heraus. Er wendet sich jedoch gegen die Auffassung, daß schon a l s R e c h t ein Zustand des menschlichen Zusammenlebens, der eine äußerliche Regelung aufweist, (objektiv betrachtet), angesehen wird oder "wenn ein Zustand gegeben ist, den die zusammenlebenden Menschen als seinsollenden erblicken" (subjektiv gesehen). Er lehnt also Bierlings Meinung ab und sieht noch weitere Erfordernisse für nötig an[5]. Neben dieser massenpsychologischen Seite hat das Recht eine andere Seite, die sich als M a c h t manifestiert. Diese Macht trete in zwei Formen auf, und zwar als subjektive Macht als R e c h t s b e w u ß t s e i n im einzelnen, der ein Glied der Gesamtheit ist, ferner als objektive Macht, die ihm von außen entgegentritt und ihn, den Wider-

---

1) Rechtsnorm und subjektives Recht, S.7.

2) Die Rechtswidrigkeit I, S.94.

3) Diese Begriffsbestimmung bedarf einer Erläuterung, da sie eine Verbindung zu den Problemen der Ordnungsregeln etc. gibt.

4) a.a.O., I, S.11, 12.

5) a.a.O., I, S.25.

strebenden, zum rechtmäßigen Handeln zwingt[1].

Daraus ergibt sich für Ferneck, daß das Recht ein System von Beziehungen ist[2]. Er fragt, warum diese Beziehungen notwendig seien. Hierauf gebe die Funktion des Rechts Auskunft. Der Grund für diese Beziehungsregelung sei der Interessenschutz. Hier besteht die Verbindung und damit auch gerade die Unterscheidung des Rechts als interessenschützende Macht zu den anderen drei geistigen Mächten: Die Mächte der Ethik, Religion und Moral haben erst sekundär einen Interessenschutz zum Gegenstand; ihnen ist wesentlich, den menschlichen Blick "nach oben" zu richten, während das Recht ihn auf den "Nebenmenschen" richtet[3].

Dadurch wird das Verhältnis zur Ethik insofern gekennzeichnet, als die Ethik Werte formt und feststellt, w a s das Seiende ist, während das Recht auf dem Seienden aufbaut und es als das Seinsollende aufstellt.

Mit der Funktion des Rechts als Interessenschutz ist für Ferneck ein charakteristischer Begriff verbunden: Zur Errichtung dieses Interessenschutzes ist die Auferlegung der P f l i c h t notwendig, die den Einzelnen gerade zum Schutz veranlaßt. Diese Pflichtauferlegung setzt einen Befehlenden und Befehlsbetroffene voraus, deren Verhältnis durch Zwang geregelt ist.

So kommt Ferneck zur Zwangsnatur des Rechts, da Pflicht Zwang ist und Pflicht nur die Kehrseite des Rechts[4]. Dieser Zwang ist ein psychologischer; er dokumentiert sich darin, daß das Gesetz mit Zwang und Strafe arbeitet[5]. Indem Ferneck die Behauptung, daß das Recht Pflicht sei, erklärt, schließt sich der Kreis, und er kehrt zum Ausgangspunkt seiner Deduktion wieder zurück, nämlich daß das Recht Beziehungen unter den Menschen regelt. "Indem der Widerstrebende seine Pflicht erfüllt, folgt er lediglich dem Zwange."[6] Er erfüllt aber seine Pflicht, weil das Gesetz in ihm die Motive zum Handeln beeinflußt und in diejenige Richtung lenkt, die das Gesetz haben will.

Hieraus erklärt Ferneck auch das Verhältnis von objektivem und sub-

---

1) a.a.O., I, S.13, 15.
2) a.a.O., I, S.16.
3) a.a.O., I, S.50.
4) a.a.O., I, S.75.
5) a.a.O., I, S.76.
6) a.a.O., I, S.76.

jektivem Recht: Da primär die einzelnen Gesetzesbefehle, die "Imperative" bestehen und dadurch die Beziehungen unter den Menschen geregelt werden, nimmt das subjektive Recht eine Vorrangstellung ein, weil daraus sich das objektive Recht als die Gesamtheit der Rechtsordnung ableitet. Das objektive Recht ist demnach nichts anderes als ein "Komplex von Imperativen".[1] Daher kommt er zum Wesenscharakter der Norm: Sie ist sanktionierte Willenskundgebung. Als Folge eines eventuellen Wegfalls des Zwanges sieht Ferneck, daß damit Sitten- und allen möglichen Regeln ein Einfallstor ins Rechtsgebiet geöffnet wäre[2].

Nach diesen Ausführungen kommt Ferneck mit seiner Imperativentheorie zur Ablehnung der Ansicht, daß die Regeln des menschlichen Zusammenlebens Recht sind, die bloße Ordnungsvorschriften darstellen. Er weist nicht nur die unmittelbare Wirkung der Ethik, also auch der Sozialethik, auf das Recht scharf zurück, sondern fordert auch noch eine zusätzliche Eigenschaft für die Existenz einer Regel als Recht: nämlich den Zwang. (Fernecks Behauptung der Zwangsnatur des Rechts wird jedoch durch die Existenz des oft auch heute noch ohne Sanktion bestehenden Völkerrechts widerlegt.)

133 Die Überwindung der Imperativentheorie durch Fischer und Mezger

Anders sieht Hans Albrecht Fischer das Wesen des Rechts[3]. Er übernimmt die Auffassung, daß die Rechtsordnung aus Normen besteht, die in erster Linie Pflichten auferlegt, aber auch Befugnisse austeilt[4]. Fischer gelingt es, die Imperativentheorie überzeugend zu widerlegen, und damit auch die Zwangsnatur und den Pflichtbegriff im Recht, wie Thon und Ferneck ihn entwickelt haben. Das subjektive Recht müsse sich auf einen bereits bestehenden Rechtsgrund stützen und ihn daher begrifflich voraussetzen; dieser Rechtsgrund ist aber das objektive Recht, die Gesamtrechtsordnung.- Wesentlich für seine Begriffsbestimmung ist der Zweck des Rechts, menschliches Verhalten zu ordnen und die Beziehungen zu regeln; damit stellt er die Relationsnatur des Rechts heraus[5].

---

1) a.a.O., I, S.104.
2) a.a.O., I, S.83.
3) Die Rechtswidrigkeit.
4) a.a.O., S.15.
5) a.a.O., S.13.

Über die Frage, ob das objektive Recht eine Ergänzung seitens der Sozialethik erhalten kann, äußert er sich dahin, daß der Begriff der guten Sitten einen feststehenden Rechtsbegriff darstelle[1] und nicht etwa eine Einbruchsstelle in das Recht dulde. Daraus ist zu entnehmen, daß er als Recht nur die Ordnungsregeln ansieht, die von der Rechtsordnung positiv anerkannt sind oder als Gewohnheitsrecht fungieren. Damit kommt er zu einer Verneinung der Ansicht, daß Regeln, die als bloße O r d n u n g s vorschriften Geltung haben, immer Rechtsqualität besitzen.

M e z g e r[2] hat der Imperativentheorie als Hauptargument entgegengesetzt: Die Imperativentheorie vergesse, daß einem Imperativ eine Wertung dessen vorausgeht, was geboten oder verboten werden soll; daher sei eine nur psychologisierende Normfassung abzulehnen. Dem Recht sei die Bewertungs- und Bestimmungsfunktion wesentlich. Mezger[3] sieht im Recht ein Wollen im Sinne eines psychischen Vorganges gelegen. Der Zweck des Rechts sei die soziale Lebenserhaltung und -förderung. Das richtige Recht sei dasjenige, das diesen Bedingungen am ehesten Rechnung trage.

2 Die ältere Interessenjurisprudenz

Die ältere Interessenjurisprudenz, deren Hauptvertreter H e c k und S t o l l sind, rückt den Gedanken der Wertung für den Begriff des Rechtes stärker in den Vordergrund. Heck[4] spricht davon, daß der Gesetzgeber die miteinander konkurrierenden Lebensinteressen gegeneinander abgrenze[5]. Er fälle ein Werturteil, das auf eine zu erstrebende Ordnung zurückgehe. Diese Ordnung solle von einem zu erreichenden Ideal geformt werden.
Er geht von der Auffassung aus, daß die Ordnung im Vordergrund stehe. Dabei beziehen sich seine Aussagen in erster Linie auf das vom Gesetzgeber erlassene Recht. Bei Heck ist der Gedanke vorherrschend, daß das Recht die primäre Aufgabe hat, die verschiedenartigen, oft gegenläufigen Interessen der Individuen der Gemeinschaft zu regeln.

---

1) a.a.O., S.13, 140.
2) GS 89, S.1 ff.
3) vgl. dazu auch Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie 1931.
4) Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, S.1 ff.
5) a.a.O., S.41.

3 Die soziologisch-irrationalen Auffassungen vom Recht

Die soziologisch-irrationale Auffassung vom Recht ist als Gegensatz zum rationalen Rechtsdenken entstanden. Sie sieht das voluntaristische Element im Recht als überwiegend an. Vielfach wird diese Richtung auch als "Freirechtsschule" bezeichnet[1], doch ist diese Bezeichnung nicht ganz treffend; denn die Freirechtsschule setzt sich nicht, wie der Name andeutet, für eine Rechtssprechung ohne Bindung an Gesetz und Gewohnheitsrecht ein, sondern erkennt eine Gebundenheit an das positive Recht an.

31 Ehrlich sieht in der Rechtssoziologie die eigentliche Wissenschaft vom Recht. Die Rechtswissenschaft sei eine Tatsachenwissenschaft. Daher hat sich nach Ehrlich die Rechtswissenschaft an den Gegebenheiten soziologischen Seins auszurichten. Das Recht ist nach seiner Ansicht die Konkretisierung der soziologischen Begriffe: Was soziologische Geltung hat, ist Recht. Die soziologische Erscheinung ist maßgebend.

Das irrationale Denken bei Ehrlich kommt in der Untersuchung, worauf die soziologischen Begriffe basieren, zum Ausdruck: Die soziologischen Begriffe entstehen aus dem Willen der Menschen; der Wille hat seine Wurzel im irrationalen Bereich[2].

32 H. U. Kantorowicz[3] nimmt eine Wendung des soziologischen Rechtsdenkens zum Subjektivismus vor[4]: Er hebt hervor, daß neben dem staatlichen Recht das freie Recht existiert. Das freie Recht sei ein Erzeugnis des Willens, und der Wille sei "der wahre Akteur des Rechts" (voluntaristisches Element!). Der Richter müsse sich "an die realen Wertungen halten, die innerhalb einer Rechtsgemeinschaft faktisch gelten". Dafür kämen aber nur Wertungen in Betracht, die "historische Dignität" und eine "gewisse Breitenwirkung" besaßen.- Damit steht nach Kantorowicz die Rechtsordnung nicht allein auf dem Gesetzesrecht und dem Gewohnheitsrecht, sondern auch auf den "faktischen Wertungen der Rechtsgemeinschaft", die "auf Grund des Willens" entstehen.

---

1) so Larenz, Methodenlehre, S.59 ff.
2) Larenz, Methodenlehre, S.62 ff., Engisch, Idee, S.86.
3) Rechtswissenschaft und Soziologie, S.14, 28.
4) Larenz, Methodenlehre, S.60.

33 I s a y[1] betont das irrationale Element im Recht am stärksten. Mit der bisherigen Tradition brechend, grenzt Isay die Ethik vom Recht ab. Isay nimmt zuerst eine vorwissenschaftliche Bestimmung des Rechtsbegriffs vor. Dabei geht er von der Aufgabe des Rechts (Gemeinschaftsregelung, Ordnungsfunktion etc.) aus[2]. Insoweit unterscheidet er sich nicht von anderen Autoren. Auch für Isay ist Recht ein Inbegriff von Regeln. Den Begriff der Regelung unterteilt er jedoch in zwei Kategorien: Die Regelung im voraus und die nachträgliche Regelung. Die Regelung im voraus enthält hypothetische, abstrakte Tatbestände und ist die R e c h t s n o r m; die nachträgliche Regelung ist konkret und bildet die Entscheidung. Doch ist notwendig, daß eine Regelung, um eine rechtliche zu sein, aus einem g e i s t i g e n Wert, dem Rechts g e f ü h l beziehungsweise dem Rechtsgefühl und einem v i t a l e n Wertfühlen, dem Nützlichkeitsempfinden (auch praktische Vernunft genannt) entspringt[3]. So kommt er zu drei Eigenschaften der Rechtsnorm: Sie verknüpft gewisse Tatbestände mit äußerem Verhalten unter dem Gesichtspunkt des Zwecks, wobei diese Verknüpfung nach dem Rechtsgefühl erfolgt; sie enthält einen hypothetischen Tatbestand. Es ist jedoch nicht erforderlich, daß sie von der höchsten Macht ergeht.

Das Recht wird nicht durch die Gesamtheit der Rechtsnormen allein gebildet. Notwendig ist als Ergänzung die E n t s c h e i d u n g[4], weil Einzelfälle zu regeln sind. Diese aber können noch nicht durch die Rechtsnorm geregelt werden. Die Entscheidung hat auf Grund des Rechtsgefühls zu ergehen, da die Entscheidung auf der Rechtsnorm beruht. Bei Isay kommt dem Rechtsgefühl die weitaus größere Bedeutung zu. Er sieht es als eigentliche Rechtsquelle an[5]. Daneben tritt nur noch die praktische Vernunft[6]. Isay bezeichnet die Entscheidung als

---

1) Rechtsnorm und Entscheidung.- Engisch (Idee, S.186) bezeichnet Isay als verspäteten Vertreter der freien Rechtsschule. Isays Ausführungen tragen jedoch nur insofern Züge der Freirechtsschule, als er dem Richter eine weite Rechtsschöpfungsmacht einräumt. Wie Isay jedoch dazu kommt,-was ausschließlich interessiert- unterscheidet ihn von den Freirechtlern.

2) Rechtsnorm, S.3, 10.

3) a.a.O., S.57.

4) a.a.O., S.15, 56.

5) a.a.O., S.67.

6) a.a.O., S.84.

irrational, während die Rechtsnorm rational sei[1]; Entscheidungen sind dynamisch. So kommt er von einer Bestimmung des Rechtsbegriffs als G e m e i n s c h a f t s r e g e l u n g dazu, als Recht die Gesamtheit der Entscheidungen anzusehen; denn erst die Entscheidungen regeln individuell, wie es der Begriff erfordert, das Gemeinschaftsleben. So räumt folgerichtig Isay den Entscheidungen die Primärstellung ein[2]. Die Entscheidung muß "erschaut" werden und ist entweder ein rein intuitiver Akt oder setzt sich aus einer Bewertung und einer Schöpfung zusammen[3]. Seine These gipfelt in der Kennzeichnung des Verhältnisses beider Erscheinungen: "Die Norm ist aus der Entscheidung - oder mehreren Entscheidungen - abgeleitet. War sie schon vorhanden: aus früheren Entscheidungen; ist sie zum ersten Mal in der Entscheidung formuliert, aus der vorliegenden Entscheidung".[4]

Damit hat Isay in großen Zügen alles weitere gekennzeichnet. Neues Recht kann nur durch den Gesetzgeber, Richter oder freien Forscher entstehen[5], weil d i e s e ein Rechtsgefühl haben. Aus der Gemeinschaft dagegen kann kein Recht entstehen, weil sie des Rechtsgefühls entbehrt[6]; die historische Rechtsschule, die im Volksgeist bei der tatsächlichen Übung den Beweis der Geltung und nicht den Entstehungsfaktor erblicke, sei strikte abzulehnen.-

Nichts, was sozialethische Vorschrift ist, kann daher nach Isay Rechtsnatur besitzen, weil nur die genannten P e r s o n e n Rechtsgefühl haben und damit Recht schaffen können. Eine Rechtsentstehung neben diesen Quellen ist unmöglich.

4 Der "naturrechtsfreundliche" Positivismus

41 B e l i n g

Beling[7] geht von Bindings Normentheorie aus. "Es muß Normen geben, denn nur sie sind die Regulative menschlichen Verhaltens." Das ist

---

1) a.a.O., S. 25.
2) a.a.O., S. 184.
3) a.a.O., S. 68.
4) vgl. dazu Engisch, "Idee" 188 bis 192.
5) a.a.O., S. 186.
6) a.a.O., S. 236.
7) Die Lehre vom Verbrechen, S. 115.

nichts anderes als der Imperativ. Es fügt jedoch hinzu, daß die Norm wertet und der Tat nicht etwa einen "Typus" aufdrückt[1].
Damit führt er einen weiteren Gesichtspunkt an, wann eine Norm vorliegt und wann eine nichtrechtliche Regel gegeben ist.
Beling kommt zu einer Ablehnung des apriorischen Rechtsbegriffes[2].
Aufgabe des Juristen sei es, gegebene Werte festzustellen, nicht selbst zu werten[3]. Beling, der in erster Linie eine Aussage über die Rechtsfindung machen will, äußert sich damit gleichzeitig zur Rechtsentstehung. Urquelle allen Rechts ist weder das Gesetz noch das Gewohnheitsrecht; vielmehr hat es seinen Realgrund in der Volksüberzeugung als konstituierendem Faktor[4]. Die Volksüberzeugung - communis opinio - ist nichts anderes als die Überzeugung der tonangebenden Schicht, die nicht statistisch sondern soziologisch zu ermitteln ist[5]. Diese tonangebende Schicht hat ihre Vollmacht auf die Gesetzgebung delegiert. Wo aber diese keinen Gebrauch gemacht hat, entstehen Gesetzeslücken, die durch die wertende Auffassung der führenden Schicht ausgefüllt werden.-

Belings Auffassung, die er selbst als "naturrechtsfreundlichen" Positivismus bezeichnet[6], gibt einen Weg für die Entscheidung, welche Regeln Rechtsnatur besitzen. Sie stellt nicht mehr wie Binding auf die Norm oder Fernecks Theorie auf den Zwang, auf die Trennung zwischen objektivem und subjektivem Recht ab, sondern er sagt, falls kein staatlicher Rechtsetzungsakt stattgefunden hat, die Überzeugung der tonangebenden Schicht Recht sei. Daß eine Übung vollzogen wird, setzt er dabei voraus.

42 R e i c h e l

Reichel[7] befaßt sich mit der Verkehrssitte und wendet sich gegen die Tendenz der Verkehrssitte, Gewohnheitsrecht zu werden. Man müsse immer den Unterschied zwischen Verkehrsgewohnheit und Verkehrsgewohnheits-r e c h t beachten. Die Verkehrssitte stelle nur faktische Übung

---

1) a.a.O., S. 220.
2) "Vom Positivismus zum Naturrecht und wieder zurück", AcP 133, Beilage 1 ff.
3) a.a.O., S. 3.
4) a.a.O., S. 9.
5) a.a.O., S.17.
6) a.a.O., S.14.
7) Gesetz und Richterspruch.

dar, es fehle ihr die straffe Verbindlichkeitskraft unter den Menschen und damit die normative Bedeutung. Der Verkehrssitte gehe das Moment des Autoritativen ab. Die Verkehrssitte bedürfe weiterer Momente, um Rechtscharakter zu erwerben. Diese weiteren Momente seien die durch Rechtslehre und Rechtsprechung "betätigte und bestätigte Überzeugung" der sozialen Gemeinschaft, daß etwas Recht ist[1].

§ 2 Das Wertdenken als Abkehr vom Positivismus

In der Naturwissenschaft hat der Empirismus (Positivismus) schon nach dem ersten Weltkrieg an Boden verloren. In der Rechtswissenschaft hat er sich dagegen teilweise bis zum Zweiten Weltkrieg halten können. In den dreißiger Jahren sind einige Stimmen gegen das empirische Denken laut geworden.
Die Gegenbewegung zum Positivismus wird durch die Bezugnahme auf eine apriorische Rechtswertlehre, wie sie Kant kennt, ausgelöst.
Kant sieht im Recht primär den Charakter[2], Beziehungen zwischen mindestens zwei Personen zu regeln, und zwar speziell das wechselseitige Verhältnis des Willens des einen und des anderen. Jedoch hat hierfür nur die Form der Regelung Bedeutung, nicht Materie. "Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter den Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden." Jede andere Pflicht ist eine sittliche Pflicht, deren Verbindlichkeit nicht in der Natur des Menschen sondern apriorisch in den Begriffen der reinen Vernunft liegt[3].

1 Der "Neukantianismus"

Für die Darlegung, was das Recht ist, wird eine Bezugnahme auf die Denkweise des Neukantianismus erforderlich. Die Erscheinungswelt ist für den

---

1) a.a.O., S. 99.
2) "Die drei Kritiken in ihrem Zusammenhang mit dem Gesamtwerk", Kröner-Verlag, Leipzig 1933, S.362.
3) a.a.O., S.209.

Neukantianismus notwendig - wie Kant - eine reine und wertfreie Gegebenheit. Diese Erscheinungswelt ist kategorial geordnet und Produkt eines "Umformungsprozesses", dessen grundlegende Bedingungen in der Struktur des Denkens liegen[1]. Das wertenden Bewußtsein legt den Dingen einen Wert bei.-

So verhält es sich auch mit dem Recht. Das Recht ist das Produkt des menschlichen Denkens, nach dem Rechtswert erfolge nichts. Der weiter nicht abzuleitende Wert ist die "Idee des Rechts", das apriorisch vorgegeben. Diese Rechtsidee ist der Zentralwert. Das Recht als solches ist Kulturerscheinung.

11 Das apriorische Rechtsdenken bei H a r m s

Harms[2] geht, um den Rechtsbegriff zu klären, von Kant und seiner apriorischen Rechtswertlehre aus. Er leugnet die bisher vertretene Erfahrbarkeit und sagt, daß das Recht wie jede reale Macht ein Begriff mit Form und Inhalt ist. Hierbei sind der Inhalt die kausal bewegten realen Vorgänge im sozialen Lebensbereich. Die Form ist die Beziehung zu kulturellen Werten, sie erst gestattet seine Sanktion. Harms fragt, zu welchem Wert die Beziehung hergestellt werde[3]. Dies bemesse sich nach der Zielsetzung der Rechtsordnung. Ihr Zweck sei, "dem tatsächlichen Zustand einer Gemeinschaft Richtung und Ziel zu verleihen, sie nach bestimmten, einheitlichen Gesichtspunkten zu ordnen und so die mannigfach sich verzweigenden Bestrebungen der Menschen in die Bahnen des förderlichen Zusammenlebens zu lenken[4]. Der Urgrund sei "die Idee der Gemeinschaftsregelung". Aus diesem Urgrund werde immer wieder neues Recht geschaffen, in dem vorhandene kausal bewegte Lebensvorgänge eine Bezugsgerade zum Gemeinschaftswert erhalten.-[5]

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.114.

2) Apriorität des Rechts und materielle Rechtswidrigkeit, StAbh 318.

3) a.a.O., S.26.

4) a.a.O., S.28.

5) Man könnte nun die Reglements, Ordnungsvorschriften etc. und alle diejenigen Regeln, welche die staatlichen Normen ersetzen und ergänzen, auf ihre Eigenschaft untersuchen, ob sie kausal bewegte Lebensvorgänge sind und eine Beziehung zur Idee der Gemeinschaftsregelung aufweisen. So käme man zu einer Akzeptierung oder Ablehnung der Rechteigenschaft dieser Regeln.- Diese Deduktion wäre aber falsch. Harms fragt nicht wie es hier geschieht, ob gewisse

s.n.S.

12 Die Kulturnormentheorie von M.E. M a y e r

Nach M.E. Mayer ist das konkrete Rechtsideal nicht von einer individuellen Wertwahl sondern von einem Kulturzustand abhängig. Er kommt zu einer Ausscheidung des voluntaristischen Elementes[1]. Nach M.E. Mayer ist das Recht die "wertbezogene Wirklichkeit" und daher Kulturerscheinung. Zwischen der Natur und dem Ideal steht das Recht[2]. M.E. Mayer befaßt sich in seiner Kulturnormentheorie[3] nur mit der Frage, wie das Recht beschaffen sein soll; er beschäftigt sich ausschließlich mit dem Recht, das bereits besteht, und stellt dann die Frage, wie sich Sitte und Gewohnheit auf das bestehende Recht auswirken. Er geht also von dem Kollisionsproblem aus, nicht aber von dem hier interessierenden Problem, ob Sitte und Gewohnheit vielleicht Recht darstellen.

2 Die relativistische Rechtswerttheorie bei Radbruch

Auch R a d b r u c h kann man zu den Vertretern des "Neukantianismus" zählen, doch stehen seine Gedanken in nicht so engem Zusammenhang mit dem Gedankengut des "Neukantionismus", so daß eine gesonderte Behandlung gerechtfertigt scheint.
"Mit Aufstellung dreier wertverschiedenen, gleichsam idealtypischen Wertsystemen ..... vollzog Radbruch im Grunde schon den Übergang von einer lediglich formalen zu einer 'materialen' Wertphilosophie."[4] Radbruch[5] kennt drei Wertsysteme, die gleichberechtigt nebeneinander-

---

Regeln des Gemeinschaftslebens Recht sind. Sein Ausgangspunkt ist vielmehr das geltende Recht, so daß sein Problem genau umgekehrt formuliert werden kann, nämlich ob das, was den Anspruch erhebt, geltendes Recht zu sein, auch wirklich Recht ist. So lassen sich Harms' Gedanken nicht ohne weiteres umkehren. Harms wollte zu einer Ausscheidung der bestehenden Rechtsvorschriften kommen, während das gestellte Problem sich mit der Erweiterung befaßt. Stünde bereits die Rechtseigenschaft dieser Ordnungsvorschriften fest, so könnte man nach Harms' Methode vorgehen.

1) Welzel, Naturrecht, S.119.
2) vgl. dazu Radbruch, Rechtsphilosophie, S.118.
3) Rechtsnormen und Kulturnormen, StAbh 50.
4) Larenz, Methodenlehre, S.98.
5) Rechtsphilosophie.

stehen und sich ergänzen. Bei Radbruch hat das Naturrecht wechselnden Inhalt und muß den Weg zur inhaltlichen Wertbestimmung des Rechts zurückfinden "unter Preisgabe der absoluten Geltung dieses Inhalts".[1] Idealismus und Voluntarismus sind die Inhalte möglicher Kultur- und Rechtsauffassung. Diese sind dem Willen ideell vorgegeben. Radbruch bezeichnet als Recht die Wirklichkeit[2], die den Sinn hat, den Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen. Bei ihm ist also auch die Auffassung von der realen Macht des Rechts, die schon bei Binding, Ferneck, Fischer und insbesondere Harms zu finden ist, vorhanden.-
Die Idee des Rechts ist aber nichts anderes als die Gerechtigkeit, das Recht ist der Inbegriff der generellen Anordnung für das menschliche Zusammenleben. Er greift den von Mezger[3] gemachten Unterschied in Bewertungs- und Bestimmungsnorm auf. Das Ursprüngliche sei der Charakter als Bewertungsnorm, weil das menschliche Verhalten an den Maßstäben des Zusammenlebens der einzelnen bemessen werde. Sekundär erst komme dem Recht das Wesen einer Bestimmungsnorm zu. Beide Elemente aber müßten vorhanden sein[4].
Nach der positiven Kennzeichnung des Rechts kommt er zu einer Abgrenzung des Rechts von den anderen Mächten: Die Moral geht dem Recht voraus und vermag erst dessen verpflichtende Kraft zu erklären. Aus den Imperativen und Rechtssätzen kann nur ein Müssen abgeleitet werden, aus der Moral dagegen ein Sollen. Nur wenn das Recht die Moral zum Zweck hat, ergibt sich die Sanktion des Rechts. Damit hat er Harms' Gedanken von der Rechtswertbezogenheit, den die meisten Autoren als wesentlich dem Recht anerkennen, anders ausgedrückt und ihm noch hinzugefügt, daß eine spezielle Bezogenheit nicht erforderlich ist, nur ein allgemeines Dienen der Moral. Was das Verhältnis Recht - Sitte angeht, so sagt Radbruch, daß die Moral die gemeinsame Wurzel für Recht und Sitte darstellt[5]. Befindet sich ein Wert noch im Stadium der Sitte, so bildet d i e s e s den Indifferenzzustand, aus dem heraus er sich noch in Richtung von Recht oder Moral entwickeln muß. Recht und Sittlichkeit kann man nicht gegenüberstellen, nur Recht und Sitte, Rechtlichkeit (das heißt Gerechtigkeit) und Sittlichkeit, weil das letztere Gegensatzpaar die Werte sind, die Recht

---

1) Welzel, Naturrecht, S.179.
2) a.a.O., S.118, insbesondere S.123.
3) GS 89, S.1 ff.
4) Rechtsphilosophie, S.136
5) a.a.O., S.143.

und Sitte verfolgen[1] [2].

3 Sauers soziologisch bestimmte Rechtswerttheorie

S a u e r verläßt zum Teil den "neukantianischen" Dualismus Wert - Wirklichkeit und zielt stärker auf das reale Wertstreben ab[3].
Sauer[4] sieht die "Vorfahren" unseres Rechts in der Religion und Moral; dieses "Ur-Recht" steigt herab und wird ein "zweites Recht". Die Sitte ist der normative Oberbau der Gesellschaft, jedoch ergibt sich keine Identität zwischen Sitte und Recht[5]. Vielmehr - und das ist für Sauer der entscheidende Gedanke - manifestiert sich die Sitte im Recht am deutlichsten, weil das Recht nur ein Auszug aus der Sitte ist, also eine Erscheinungsform der Sitte[6].-
Man könnte Sauers Gedanken so ausdrücken: Das (richtige) Recht ist Sitte, aber nicht die Sitte das Recht. Zwischen beiden Mächten ergibt sich folgende Unterscheidung: Das Recht handhabt vom Standpunkt der Zwangsgewalt des Staates, die Sitte vom Standpunkt anderer Gemeinschaften[7]. Die Bestimmung des Rechtsbegriffs leitet sich aus dem Wesen des Rechts ab: "Das Recht ist die Ordnung über eine seßhafte Gemeinschaft mit oberster Zwangsgewalt."[8].
Zu den Prinzipien, nach denen die Ordnung besteht, äußert sich Sauer: "Das Recht bezweckt möglichste Übereinstimmung der einzelnen Wertbestrebungen mit dem S t a a t s wohle."[9] [10] Die praktische Durchführung dieses Zweckes ergibt sich aus folgendem: "Zum Wesen des Rechts gehört seine Geltung ... gehört die Anerkennung durch das Volk ..."[11]

---

1) Damit muß man auch jede Ausdrucksweise ablehnen, die Recht und Sittlichkeit gegenüberstellt (so Nipperdey in Enneccerus, 14.Aufl., S.912 ff.).
2) So kommt auch Radbruch zu einer strengen Trennung von Recht, Ethik und Moral. Mit diesen Ausführungen, denen wegen ihrer Klarheit Folge zu leisten ist, stimmt Welzels und Nipperdeys Darlegung, daß Regeln der Sozialethik in das Recht eingreifen, nicht überein.
3) Grundlagen der Gesellschaft, S.2.
4) a.a.O., S.22, 23.
5) a.a.O., S.22, 415, 417.
6) a.a.O., S.415, 417, u.a. S.22.
7) a.a.O., S.415.
8) a.a.O., S.407, 408.
9) Sperrung vom Verfasser.
10) a.a.O., S.408, 409.
11) a.a.O., S.411.

Die Macht gehört zum Recht, sie begründet es[1]. Zentral für das Gewohnheitsrecht ist der Volkswille[2]; erst normierte Volksgewalt ergibt Recht[3] [4].

§ 3 Die neuere Auffassung vom Recht (Der soziologische Wertcharakter des Rechts)

1 Außergesetzliche Bewertung (nach Esser)

E s s e r[5] sagt, daß das Recht die Aufgabe hat, soziale konkrete oder grundlegende Interessenkollisionen zu vermeiden. Um diese Aufgabe zu erfüllen, nehme das Recht eine Wertung der Interessen und Gemeinschaftsgüter in ihrem Verhältnis zueinander vor[6]. Damit greift Esser den Gedanken der Interessenjurisprudenz, den Heck und Stoll schon geäußert hatten, wieder auf, vermischt ihn jedoch mit dem Wertdenken der Wertschule.
Esser kommt zu einer Erweiterung der Rechtsordnung durch folgende Überlegung: In den überpositiven Bereichen befinden sich rechtsethische Grundsätze und "die allgemeine Überzeugung"[7]. Diese überpositiven Prinzipien werden durch den Richterspruch in positive Rechtssätze transformiert.
Esser formuliert die Wesensnatur des Rechts in zwei Schritten[8]:
"Recht ist das Leben der Gemeinschaft." Die Erklärung dieser kurzen Definition muß lauten: Der Gemeinschaftsbegriff deckt sich nicht mit dem Landläufigen; eine e c h t e Gemeinschaft wird verlangt:
"... denn ein ungeordnetes Zusammenleben ist ja keine Gemeinschaft"[8].

---

1) a.a.O., S.425.
2) a.a.O., S.432.
3) a.a.O., S.426.
4) Nach Sauer wären diese Ordnungsvorschriften etc. nichts anderes als Sitten einer (beliebigen) Gemeinschaft; ihnen fehlt nach Sauer der normative Faktor, die staatspolitische Beziehung und daher die Durchsetzungsmacht.
5) Larenz, Methodenlehre, S.101.
6) Grundbegriffe.
7) vgl. dazu auch Larenz, Methodenlehre, S.110.
8) Grundbegriffe, S.11.

Der zweite Schritt: Was ist die Sitte?- nichts anderes als soziale Normen. "Aus der Sitte wird Recht, indem die Beachtung der Sitte nicht mehr bloß gesellschaftlicher Kontrolle und Ächtung überlassen bleibt, sondern an die eigens zum Schutz der Ordnung eingesetzten Organe abgegeben wird."[1] So muß er seine Rechtdefinition zur Verdeutlichung in dieser Richtung erweitern: Wesentlich für das Recht ist der Schutz durch gewisse, speziell dafür eingesetzte Organe.-
An dieser Stelle muß die Kritik einsetzen: Der Schutz durch Kontrollorgane ist ein rein formales Kriterium für b e s t e h e n d e s Recht. Esser übersieht, daß er die Folge zum Entstehungsgrund rechnet: Das logische Prius ist, daß etwas Recht ist; erst dann kann es geschützt werden; zuerst muß eine Norm als Recht entstanden sein, hernach kann zu ihrem Schutz ein Organ eingesetzt werden.-
Essers Begriffsbestimmung ist daher abzulehnen, doch ist ihr sein Bemühen, ein formelles Element zu suchen, zu entnehmen[2].

2 Phänomenologische Erklärungen des Rechts

21 Phänomenologische Erklärung im engeren Sinne bei Welzel

W e l z e l[3] hat den Grundsatz aufgestellt, daß allein der Beobachter von Lebensgegebenheiten je nach der individuellen Auffassung das Sein ordne. Die "unterschiedlichen Arten wie Empfindungen, Geisteswerte oder sinnhaftes Verhalten der Menschen" seien nicht deshalb unterschiedlich, weil sie von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet würden. Sie seien vielmehr unterschiedlich, weil v o n v o r n e h e r e i n die Unterschiede vorgegeben seien: Das Sein trete bereits als gestaltetes Sein dem Menschen gegenüber. Das ontische Sein trage die Struktur und Wertdifferenzierung in sich.- Die Konsequenz für den Begriff des Rechts sei, daß es sich an diesen bestehenden Lebensphänomenen orientieren müsse. Das Recht sei nichts anderes als der Wertausdruck für die Lebensphänomene.

---

1) a.a.O., S.28.

2) Esser spricht jedoch von der "normativen Kraft des Faktischen", a.a.O., S.118.

3) Naturalismus und Wertphilosophie i.StrR, S.49 ff.; vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S.114 ff.

22 Dynamische Betrachtung bei Engisch

Nach E n g i s c h[1] ist das Recht ein Begriffssystem, das sich von Fall zu Fall "durch Weitertasten nach immanenten Prinzipien" ergibt. Die leitenden Prinzipien seien sinnvoll miteinander verbunden. Durch dieses Vorwärtstasten entsprechend den leitenden Prinzipien ergibt sich die Bewegung in der Rechtsordnung.
Engisch[2] charakterisiert das Recht als Zusammenfassung von Sollenssätzen, von Sätzen, die das Verhalten von Menschen dirigieren. Nach Engisch haben sogar autonome Regelungen von Privatverhältnissen Rechtsqualität[3]. Die Rechtsordnung als Ganzes wird durch allgemein gültige Rechtsprinzipien verklammert[4]. Damit schraubt er die Erfordernisse des Rechts auf ein Minimum zurück.
Einen neuartigen Weg zur Erklärung der (bestehenden) Rechtsordnung beschreitet er mit der Idee der Konkretisierung[5], indem er die Rechtswissenschaft auffordert, durch die gesetzlichen Begriffe hindurch zu den konkreten realen Lebenserscheinungen herabzusteigen; denn die Lebensordnung sei für die Rechtsordnung nicht nur Material, sondern Inhalt. Damit zeigt sich bei ihm die Tendenz, die Rechtsordnung an der Lebensordnung zu orientieren[6].
Engischs Ausführungen zeigen die Tendenz, die Grenzen zwischen Lebensgewohnheiten und Recht fließender zu gestalten. Einen wesentlichen Gedanken in dieser Richtung äußert Engisch: "In den historisch manifest gewordenen, ständig gelebten Wertungen, in die von ihnen durchdrungene Wirklichkeit eingegeben, werden sie dann auch gedanklich derartig in die Wirklichkeit projeziert, daß sie nun dieser immanent

---

1) Idee der Konkretisierung
2) Die Einheit der Rechtsordnung, S.4.
3) a.a.O., S.7.
4) a.a.O., S.35.
5) Die Idee der Konkretisierung, S.89.
6) Es fragt sich jedoch, ob Engisch mit der Erweiterung der Rechtsordnung um die fraglichen Spezialvorschriften, Spielregeln etc. einverstanden wäre; Engisch verlangt die Orientierung der rechtlichen Typusbegriffe an der Typik der Lebensphänomene (Idee der Konkretisierung, S.227), woraus sich ergibt, daß er eine Konkretisierung des Rechts an der Wirklichkeit erstrebt. Ob daraus aber der Umkehrschluß zu ziehen ist, daß die Lebensordnung, die Lebensphänomene sich auch im Recht konkretisieren sollen, ist nicht erkennbar und kann wohl auch nicht daraus geschlossen werden.

zu sein scheinen."[1]

23 Typenmäßige Betrachtung bei Coing

C o i n g[2] meint, daß das Recht kein Produkt einer logischen Deduktion ist sondern auf einer Wertentscheidung beruht. Die Systematik habe von den Lebenszusammenhängen auszugehen. Dadurch will Coing zu einer Hinwendung des Rechts auf die "typischen Phänomene des Sozial-lebens" kommen. Die Phänomene als solche seien vorgegeben.[3] Coing zählt die verschiedenen Eigenschaften auf, die eine Regel haben muß, um Recht zu sein. Das sind: (erstens) die unpersönliche Ordnung (zweitens) mit dem Ziel der Friedenswahrung (drittens) nach der Idee der Gerechtigkeit. Er gibt damit einen wichtigen Maßstab, wie Regeln auf ihre Rechtseigenschaft zu überprüfen sind.
Eine Ergänzung erhält diese Ausführung durch die Darlegung, wann Gewohnheitsrecht anzunehmen sei, als dessen wichtigste Eigenschaft Coing dauerhafte Übung fordert. Und hierbei trägt er auch ein Bedenken vor, das für das gestellte Problem aktuell ist: Eine Einrichtung kann wegen ihrer Permanenz den Stempel des Rechts erhalten, obwohl es ihr an der ethischen Richtigkeit fehlt[4]. Daher fordert er, damit etwas als Recht gilt, einmal die Verpflichtung zur Anerkennung als r e c h t l i c h e Geltung, und zweitens die faktische Erfüllung des Anspruchs auf Anerkennung, was er als die s o z i a l e, auf Grund soziologischer Untersuchungen erkennbare Funktion bezeichnet. So gibt er die Momente an, die Rechtsqualität ausmachen[5]. Er will aussagen, daß soziale Erscheinungen dann Rechtscharakter haben, wenn sie als zwingende Verhaltensregeln anerkannt werden.
Damit hat Coing die Mindestanforderungen angegeben, bei denen soziale Erscheinungen - zum Beispiel Spezialvorschriften etc. - die bestehende Rechtsordnung erweitern können.

---

1) a.a.O., S. 227 ff.
2) Rechtsphilosophie.
3) a.a.O., S.70.
4) a.a.O., S.230; vgl. Isay, Rechtsnorm, S.239 ff.
5) a.a.O., S.228.

3. Kapitel: Ergebnis und Auswertung der Betrachtung

Aus dem Überblick über die wissenschaftlichen Ansichten läßt sich nicht eindeutig die Frage, ob Ordnungsvorschriften, Reglements etc. Recht sind, mit einem Ja oder Nein beantworten. Jedoch ergibt sich als einhellige Meinung, daß das Recht der Sitte nicht gleichsteht sondern gegenübersteht. Wenn auch, wie Sauer es ausdrückt, das Recht ein Ausschnitt aus der Sitte ist, so ist das Recht nicht mit ihr identisch. Die Sitte muß sich erst zu Recht entwickeln. Die meisten Autoren haben strenge Anforderungen aufgestellt, damit eine Regel der Sitte Recht wird.

Wenn das Recht sich aber von der Sitte deutlich abhebt, dann ist es nicht zulässig, der Sitte die Macht einzuräumen, die Frage des Unrechts zu entscheiden. Dies aber gerade ist das Problem, ob generell die von Welzel und Nipperdey als sozialethische Regeln bezeichneten Vorschriften die Kraft besitzen, über die Rechtswertigkeit einer Handlung eine Aussage zu machen; die Aussage über die Wertigkeit wird aus Gegebenheiten im Bereich der Sitte abgeleitet. Da sich die Sitte vom Recht unterscheidet und es sich um zwei inkommensurable Größen handelt, kann die Sitte als solche nicht über ihren Bereich in den des Rechts hinauswirken. Für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit ist nur das Recht relevant. Ausgangsbasis muß daher die strenge Trennung zwischen Recht und Sitte sein. Spezialvorschriften, Reglements etc. sind jedenfalls Regeln der Sozialethik; sie können der Sozialethik zugehören und, wenn ein formelles Moment hinzutritt, auch dem Recht. Recht ist also formalisierte Sozialethik.

Welzels und Nipperdey Ansicht, Recht und Sozialethik ineinander übergehen zu lassen, kann daher nicht gefolgt werden. Es dürfen nur die Vorschriften der Sozialethik herangezogen werden, die zugleich Rechtsqualität haben. Die Trennung zwischen Recht und Sozialethik ist beizubehalten: Zwar sind zwischen beiden Mächten Berührungspunkte vorhanden, aber es bedarf die sozialethische Regel noch des formellen Momentes, um Rechtsregel zu sein. So ist den Kulturanschauungen, Volksüberzeugungen etc. das Tor zum Recht verschlossen. Eine Wirkung auf das Recht wird nur möglich, wenn es sich um eine Kulturnorm handelt, die schon Recht ist[1].

---

1) So erscheint der Titel der zitierten Rektoratsrede von Laun, "Recht und Sittlichkeit" als falsch; doch erhält er gerade seine Richtigkeit durch Launs Darstellung, weil Laun den Wert im Recht, die Sittlichkeit untersucht.

§ 1 Rechtsquellen und Rechtsentstehung

Wollte man an dieser Stelle die Konsequenz aus dieser Darstellung ziehen, so käme man zu dem Schluß: Nur solche Regeln der Sitte, die sich im Recht niedergeschlagen haben, wirken aufs Recht ein. Das würde bedeuten, nur die staatlich gesetzte Norm oder das Gewohnheitsrecht kommt infrage. Alle übrigen Regeln, ob Kriegsgewohnheiten, Spielregeln, Ordnungsvorschriften etc. scheiden als bloße Sitten aus, denn es gibt nur drei Rechtsquellen: Die Rechtssetzung durch die gesetzgebenden Körperschaften, die gewohnheitsmäßige Rechtsetzung und die autonome Satzung. Den Spezialvorschriften etc. fehlt aber gerade oft die Tradition und der Gerichtsgebrauch, sie können auch Dritten, die nicht der der Satzung unterworfen sind, nicht entgegengehalten werden, daher müssen sie aus dem Bereich des Rechts herausfallen. Damit wäre jenen Vorschriften der Rechtscharakter versagt.

Man kann sich hiermit nicht zufrieden geben. Es bleibt die Frage zu stellen, ob einer Regel unter solchem Gesichtspunkt Rechtsqualität zukommen kann. Dabei kann die Zusammenfassung der bisher gebrachten Meinungen zum Begriff des Rechts gute Dienste leisten; sie ergibt folgendes:

Der Zweck des Rechts ist die Gemeinschaftsregelung; der Inhalt des Rechts ist das Gemeinschaftsleben. Daraus folgt: Eine Regel des Gemeinschaftslebens kann Recht sein. Zu diesem Schluß ist man berechtigt, weil aus den Darstellungen erkennbar ist, wann das Recht "richtiges" Recht[1] ist und wann Ethik gegeben ist. Jedoch bedarf diese These einer tieferen Begründung. Diese soll in mehreren Schritten gegeben werden.

1. Der erste Schritt ist die Erkenntnis, daß die Lehre als Quelle des Rechts den staatlichen Hoheitsakt und die Gewohnheit (unter den bekannten Voraussetzungen) und die freie Übereinkunft[2] zuläßt. Damit

---

1) Zur Richtigstellung der Ausdrucksweise "richtiges Recht", vgl. Laun, a.a.O., S.17. Es soll aber dennoch diese wenn auch inkorrekte Ausdrucksweise beibehalten werden, weil sie mit einem treffenden Wort den jeweils gewollten Unterschied zum Recht, das nur äußerlich den Anspruch erhebt, Recht zu sein, in Wirklichkeit aber aus gewissen Gründen keines ist, bezeichnet.

2) Im folgenden wird dieses relative Recht außer Betracht gelassen. Denn das vorliegende Problem befaßt sich nicht damit, weil die Spezialvorschriften, Reglements etc. Dritten entgegengehalten werden.

stellt man es auf einen formellen Akt ab: nämlich auf die Anerkennung durch die Gerichte beziehungsweise das Parlament. Eine Regel kann (allein) Rechtscharakter erwerben, wenn sie durch eines dieser "Tore" gegangen ist. Andererseits ist aber der staatliche Hoheitsakt nicht immer Bürge für die Rechtsqualität einer Vorschrift ("unrichtiges Recht"!).

2. Der zweite Schritt ist die Erkenntnis, daß die Lehre einen Begriff für das echte, richtige Recht, für dasjenige Recht geprägt hat, das als Maßstab für alle bestehenden Rechtsvorschriften zu gelten hat.

3. Der dritte Schritt ist die Synthese der beiden vorhergehenden Erkenntnisse: Wenn diese "Tore" der Rechtsschöpfung nicht die Garantie dafür abgeben können, daß etwas Recht ist, andererseits aber wegen der Rechtswertbezogenheit materielle Voraussetzungen für die Rechtsentstehung vorliegen müssen, so kann dieser Formalakt (staatliche Hoheitsgewalt, gewohnheitsmäßiger Gerichtsgebrauch) n i c h t k o n s t i t u t i v sondern höchstens d e k l a r a t o r i s c h für die Rechtsentstehung sein. Wenn eine Regel durch eines dieser "Tore" der Rechtsschöpfung gegangen ist, erhält sie die für alle sichtbare Bekräftigung, daß sie Recht darstellt. Der Umkehrschluß, daß alles, was prima vista als Recht erkennbar ist, auch wirklich Recht bildet, ist als falsch zurückzuweisen. Für eine staatlich gesetzte Regel gilt die Vermutung, daß Recht vorliegt. Wenn aber Staatsgewalt und Rechtsprechung erst einer Regel den "Stempel des Rechts" aufdrücken, dieser "Stempel" aber nicht konstitutiv ist, so muß v o r dieser Prägung schon Rechtsqualität vorhanden sein.

Rudolf L a u n[1] kommt zu ähnlicher Ansicht. Er geht davon aus, daß Recht nicht durch einen hoheitlichen Akt entsteht sondern tiefer gelagerte Quellen hat: nämlich das Rechtsgefühl[2]. Seine Ausführungen sollen unserer weiteren Untersuchung zugrunde gelegt werden. Daher soll kurz Launs Gedankengang wiedergegeben werden: Laun begründet das Wesen des Rechts aus der Pflicht, aus dem Sollen. Nach der herrschenden Meinung wird die Pflicht von der Gemeinschaft an uns herangetragen, das heißt sie ist heteronom. Dem sei aber nicht zu folgen: Ein Sollen, eine Pflicht kann nicht durch andere für andere zur Entstehung gebracht werden, nur das Müssen. Das Wesen der Pflicht bedeutet ein Sollen, ein Werturteil. Es kann aber nur ein Geschehen dem Menschen zugänglich gemacht werden. Damit aus dem Müssen des Gewalt-

---

1) "Recht und Sittlichkeit", S.3.

2) a.a.O., S.41/42;

rechts - der angeblichen Pflicht -, ein echtes Sollen, eine echte Pflicht erwächst, ist ein zusätzlicher Akt erforderlich: die Billigung durch den einzelnen[1]. Ein befehlender Satz, der fremden Willen ausdrückt, begründet erst eine Pflicht, wenn man sich den fremden Willen zu eigen gemacht hat. Das Recht enthält aber Pflichten. Die Gebote des Rechts können daher nicht Ausdruck eines fremden Willens sein sondern nur des eigenen. Die Billigung erfolgt nach sittlichen Grundsätzen.- Launs Ergebnis lautet: Die Gebote des Rechts sind autonom und nicht heternom, wie die herrschende Meinung glaubt. Damit diese Billigung geschah, ist unmittelbar eigenes Erleben des Sollens erforderlich. Das geschieht durch das Rechtsgefühl, das ein metaphysischer Teil des menschlichen Wesens ist[2] [3].

Hierin liegt auch der Grund für die Berührung des Rechts mit der Sitte, da das Rechtsgefühl nach dem Sittlichen entscheidet. Wenn Laun Autonomie und Heteronomie unterscheidet, letztere wegen eines einheitlichen Pflichtbegriffs ablehnt, so trennt er letztlich Rechtspflicht und sittliche Pflicht, wobei eine R e c h t s pflicht nur bei Übereinstimmung mit der sittlichen anerkannt wird.

Hier findet man eine Verwandtschaft mit Sauers Rechtsbegriff: Recht ist Sitte, wobei für die Sitte die Sittlichkeit maßgebend ist. So kann man in Sauers Sinne Launs Gedanken ergänzen: Da die Rechtspflicht zugleich sittliche Pflicht ist, ist die Pflicht definiert.

Laun verlagert wie Isay die eigentliche Rechtsentstehung in tiefere Sphären. Laun bezeichnet sie als metaphysisch, Isay als irrational.

Dieser Gedanke ist leitend für unsere weitere Darstellung. Wenn auch das Recht das äußere Verhältnis der Menschen zueinander regelt, so verlangt dies nicht, die Quelle des Rechts auch im Äußeren zu suchen, wie es die herrschende Meinung tut. Da Recht in erster Linie die Sitte zum G e g e n s t a n d hat und damit nach der Sittlichkeit bewertet, ist die Entstehung in den Bereich des Metaphysischen verlagert. Eine tiefere rationale Begründung, warum man nach der Sittlichkeit bewertet, ist nicht zu geben. Man kann mit rationalen Mitteln nur erklären, d a ß das Recht nach der Sittlichkeit bewertet.

Damit entzieht sich die letzte Quelle des Rechts dem Rationalen, und die Vernunft ist vor eine Grenze gelangt, vor der sie halt machen

---

1) a.a.O., S.14; vgl. Isay, a.a.O.

2) a.a.O., S.11/15.

3) Voraussetzung ist, daß das Rechtsgefühl ausgebildet ist.

muß. Ferneck und die meisten anderen Autoren begnügen sich mit der Aussage, daß Recht ein soziales Produkt sei. Gegen diese Aussage ist nichts einzuwenden, - wohl aber gegen das rein kausale Denken, indem nicht weiter gefragt wird, w i e dieses Recht produziert werde. Hierin liegt die Apriorität, die Kant und Harms im Recht suchen. In Wirklichkeit handelt es sich nicht um eine Ariorität des Rechts, da dies als ein soziales Produkt anzuerkennen ist. Aber die Rechts-w e r t i d e e ist apriorisch, weil die Wertordnung vorgegeben ist. Damit erweist sich die Quelle des Rechts auch als apriorisch.[1] Jegliche andere Apriorität des Rechts ist dagegen abzulehnen.

§ 2 Die Rechtsentstehung im Besonderen

1 Mindestanforderungen

Den aufgeführten Ausführungen der Autoren sind die Mindestanforderungen zu entnehmen, die für eine b e s t e h e n d e Vorschrift vorhanden sein müssen, um Recht zu sein.

Dabei wurde oben die Frage gestellt, ob generell gewisse Regeln Rechtsnatur auch außerhalb der Satzung (Staatsakt und gerichtliche Entscheidung) besitzen könnten. Wird die Frage bejaht, dann ist zu untersuchen, w a n n solche Regeln Rechtsnatur haben, insbesondere wann derartigen Spezialvorschriften, Reglements etc. Rechtsqualität zukommt. Die Feststellung, daß neben die "klassischen" Rechtsquellen durch hoheitlichen Akt (Parlament, gerichtlichen Gebrauch) eine andere Möglichkeit der Rechtsentstehung besteht, stellt das logische Prius gegenüber der Frage dar, o b die Spezialvorschriften, Reglements etc. Recht sind, weil nach der hergebrachten Ansicht die Spe-

---

1) Diese Ausführung enthält scheinbar einen Widerspruch zu der oben geäußerten scharfen Ablehnung der Meinung, daß Recht und Sitte sich gegenüberstehen. Doch stellt die gebrachte Darlegung eine Bestätigung des Vorhergehenden dar: Die Idee des Rechts kann ohne weiteres apriorisch sein und die Rechtsquelle metaphysisch. Es wird jedoch von der Rechts q u e l l e und nicht der "Macht des Rechtlichen" gesprochen. Die Rechtsquelle kann Berührungspunkte mit dem Sittlichen haben, ohne daß das Recht und Ethik zwei kommensurable Größen sind.

zialvorschriften, Ordnungsregeln etc. kein objektives Recht bilden.

Ob eine bestehende Ordnungsregel überhaupt Rechtsnatur besitzt, hat, hat aber nur die geringere Zahl der Autoren interessiert.

Es wird die Arbeitshypothese aufgestellt, d a ß eine Ordnungsvorschrift Recht sei. Sie soll dann nach den gefundenen Maßstäben auf ihre Übereinstimmung mit dem "richtigen Recht" geprüft werden. Damit beschreitet man denselben Weg, den die Autoren gegangen sind, die sich mit den hier interessierenden Problemen befaßt haben. Diese Methode bedeutet deshalb keine Unschärfe in der Deduktion, weil die Vorschriften, deren Rechtseigenschaft festzustellen ist, den Bedingungen des "richtigen Rechts" genügen müssen. Außerdem ist bereits gesagt, daß Regeln generell Recht sein können, auch wenn sie nicht die "Tore" der Rechtsschöpfung im "klassischen" Sinne passiert haben. Der Richter hat die zur Diskussion stehende Ordnungsvorschrift zu untersuchen und kommt dann entweder zur Annahme oder Verwerfung ihrer Rechtseigenschaft.

Diese M i n d e s t a n f o r d e r u n g e n sind:

1. Regelung eines sozialen Lebensbereichs

Die Ordnungsvorschriften müssen "kausalbewegte" Lebensvorgänge zum Inhalt haben[1]. Dabei muß die Relationsnatur gewahrt sein[2]. Das heißt, ihr Inhalt muß darauf gehen, Beziehungen einer Gemeinschaft von mindestens zwei Personen ordnen zu wollen. Als Gemeinschaft kann man jede Vereinigung von Personen ansehen, wobei die Beziehungen der Gemeinschaft gerade durch die Gemeinschaft als solche[3] geregelt werden müssen. Dabei ist nicht erforderlich, daß sich die Regeln speziell auf eine G e m e i n s c h a f t beziehen. Die Regeln müssen aber - und in diesem Punkt sind die Ausführungen von Harms, Sauer und Isay zu ergänzen - sich an den "Phänomen des sozialen Lebens"[4] ausrichten. Da die Phänomene des sozialen Lebens nicht immer Gemeinschaften sind, so soll der zu regelnde Kreis weitergefaßt werden. Es genügt, wenn Gegenstand der Regelung ein s o z i a l e r L e b e n s b e r e i c h ist.

---

1) Harms
2) Fischer
3) Isay
4) Engisch, Coing

Ein sozialer Lebensbereich wird zum Beispiel von den Teilnehmern am Straßenverkehr gebildet. Auch Gewerkschaft und Arbeitgeber bilden einen sozialen Lebensbereich.

Zwar ist der Blickwinkel der Sozialpartner verschieden: Denn es ist für den Arbeitgeber die Gewerkschaft die Vereinigung der Arbeitnehmer, die für ihn einen Kostenfaktor darstellen.

Doch ist das verbindende Moment die gemeinsame Zielrichtung beider Sozialpartner: Sie wollen die Arbeitsbedingungen und den sozialen Bereich des betrieblichen Zusammenwirkens regeln. Die Existenz des Arbeitskampfes als Mittel zur Durchsetzung der jeweiligen Interessen widerspricht dem nicht, weil der Arbeitskampf dem Ziel der Regelung des Arbeitsbereichs nicht entgegensteht.

2. Wertbezogenheit

Zur Voraussetzung der Gemeinschaftsregelung tritt als weiteres Erfordernis die "Idee der Gemeinschaftsregelung"[1] hinzu. Die Gemeinschaftsregelung muß sich auf einen Wert beziehen und d e m Rechtswert dienen, das heißt, die Regelung hat aus einer echten, nach Werten geordneten Gemeinschaft zu erfolgen, weil sonst keine Gemeinschaft vorliegt[2]. Die Regeln müssen erst das Prisma der Bewertung durchlaufen[3].

Es fragt sich jedoch, ob die Regeln nur und unmittelbar dieses Ziel verfolgen müssen. Es soll daher zunächst eine negative Umschreibung gewählt werden: Ziel der Ordnungswerte dürfen nicht Unwerte sein.

3. Rechtsgeltung

Die dritte Komponente ist der soziologische Faktor[4]. Das Element der Sanktion bedarf einer eingehenderen Untersuchung.

Es ist davon auszugehen, daß Macht und Recht zwei verschiedene Kategorien sind[5], daß das Recht zwar nicht den Zwang, wie Ferneck als Vertreter der Imperativentheorie es gesehen hat, aber doch die Befol-

---

1) Harms.
2) Esser.
3) Engisch.
4) Coing.
5) anderer Ansicht Sauer.

gung und Anerkennung verlangt. Eine Durchsetzungskraft ist erforderlich.

Wenn diese Spezialvorschriften, Ordnungsregeln etc. menschliche Handlungen ge- und verbieten, allgemein: ordnen, so müssen sie generell befolgt werden. Sie müssen so beschaffen sein, daß sie einer freiwilligen Unterwerfung wenigstens fähig sind. Der Unterwerfungsakt stellt die Anerkennung dar, die den Zwang zur Befolgung auslöst. Der Unterwerfungsakt entspringt der Privatautonomie des Einzelnen. Der Unterwerfungsakt ist das normative Element; er verleiht den Regeln zusammen mit den beiden anderen Bedingungen (Regeln des sozialen Lebensbereiches, Wertbezogenheit) Rechtscharakter.

Er ist letztlich der rechtsbegründende Faktor, da erst mit Hinzutreten dieses Faktors sich die Regeln als Rechtsregeln von den Sitten, Bräuchen etc. abheben.

Dieser Unterwerfungsakt ist jedoch bei verschiedenen Fallgruppen problematisch. Regeln entstehen dadurch, daß eine zahlenmäßige Mehrheit oder Minderheit für die ganze Gruppe die Regeln aufstellt. Diese Personen sind aus einem bestimmten Innenverhältnis zur Aufstellung berechtigt oder sogar verpflichtet[1].

Die Gebundenheit des einzelnen kann sich aus zwei verschieden zu beurteilenden Vorgängen ergeben.

1. Unproblematisch ist die Gebundenheit, wenn die Anerkennung expressis verbis für den Einzelfall zum Ausdruck gebracht wird.

2. Problematisch ist sie erst, wenn die Anerkennung nicht ausdrücklich für den Einzelfall gegeben wird. Hier lassen sich zwei Möglichkeiten voneinander trennen:
a) Der einzelne gehört einer festumrissenen Gemeinschaft an. Die Gebundenheit des einzelnen an die Gemeinschaftsregeln entsteht durch seine Zugehörigkeit zur Gemeinschaft. Er hat dann die Zugehörigkeit ausdrücklich erklärt (Club) und kann sie jederzeit beenden. Es kommt nur darauf an, daß seine Zugehörigkeit von seinem freien Willen getragen wird. Das entspricht dem Rechtsgedanken, der in § 305 BGB niedergelegt ist und von der Rechtsprechung extensiv ausgelegt wird, hieraus ist die Privatautonomie des einzelnen abzuleiten.

---

1) Abgeordnete, Vorstand eines Vereins etc.

Aus der dem freien Willen entspringenden Zugehörigkeit des einzelnen zur Gemeinschaft ist für ihn die Kosenquenz zu ziehen, daß er die zur Ordnung der Gemeinschaft aufgestellten Regeln bejaht.

b) Eine andere Situation ergibt sich jedoch in den Fällen, in denen keine Gemeinschaft vorliegt.

Es sei hier nochmals auf das Verhältnis Arbeitgeber-Gewerkschaften oder an die Teilnehmer am Straßenverkehr erinnert.

Dem steht die Frage nach der Geltung derjenigen Regeln gleich, die von einer Minderheit nicht anerkannt werden. Hier fehlt der individuell tatsächlich erfolgte oder fingierte Unterwerfungsakt.
Hier ist ein anderer Sachverhalt wesentlich. In dem globalen Verhalten gegenüber einem Komplex von Lebenstatbeständen kommt konkludent eine Zustimmung zu diesem Lebenstatbestand zum Ausdruck. Sie ist darin zu sehen, daß das Individuum an den Vorgängen des bestimmten Lebensbereichs teilnimmt. Die Verklammerung solcher "teilnehmenden Personen" erfolgt hier durch die bloße Teilnahme an einem sozialen Lebensbereich (eventuell sogar zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes). Damit kommt zum Ausdruck, daß der Einzelne auch an den damit notwendig aufzustellenden Regeln partizipiert, selbst wenn eine Einzelregel dem Willen des Individuums zuwiderläuft. Es kommt nur darauf an, daß der Teilnehmer den jeweiligen Zweck des menschlichen Zusammenlebens in dem Ausschnitt des Lebens anerkennt. Wer an der Verfolgung dieses allgemeinen Zweckes teilnimmt, lebt im Bereich dieser aus der gemeinsamen Verfolgung resultierenden Zweckgemeinschaft. Da zur Vornahme der Tätigkeit Regeln aufgestellt werden m ü s s e n, muß sich der Betreffende konsequenterweise auch den erforderlichen Regeln unterwerfen[1].

Die Regeln gelten damit für jeden, der sich im "Bannkreis" der Regeln befindet. Sie gelten für den Betroffenen, weil die "Betroffenheit" im voraus gewollt ist. Der gewollte Eintritt in den sozialen Lebensbereich und damit in den Wirkungsbereich genügt bereits.

Aus dem Vorliegen der drei Bedingungen ergeben sich drei Folgerungen.

1. Sind die drei Faktoren (Wertbezogenheit, sozialer Lebensbereich,

---

1) Die Regeln haben zur Voraussetzung, daß sie wertbezogen sind; es scheiden daher sittenwidrige - nicht im rechtstechnischen Sinne - Regeln aus.

Anerkennung) gegeben, so kommt der Richter zur Bejahung der aufgestellten Arbeitshypothese, daß diese Regeln der Sitte Rechtsqualität besitzen.

2. Der von den Regeln erfaßte Personenkreis steht im Augenblick der Rechtsentstehung nicht konkret fest.

Hier zeigt sich die allgemeine Natur dieser Regeln, obwohl sie einen individuellen Zug tragen.

3. a) Auf die Geltung solcher Regeln als Recht kann sich derjenige berufen, der eine Verletzungshandlung verursacht hat. In diesem Falle ist das normative Element der Regeln nicht in Frage gestellt, weil derjenige, der die Geltung dieser Spezialvorschriften als Recht beansprucht, diese auch anerkennt.

b) Die Geltung dieser Regeln als Recht kann auch solchen Personen entgegengehalten werden, die sich auf die Nichtexistenz dieser Regeln als Recht berufen[1]. Mit der Teilnahme am sozialen Lebensbereich geben sie die Anerkennung zu den Regeln ab, die diesen sozialen Lebensbereich regeln.

2 Das Verhältnis der Ordnungsregeln zum positiven und Gewohnheitsrecht

Diese Spezialrechtsvorschriften bilden zum positiven und Gewohnheitsrecht einen Gegensatz, da sie oft nur lokale und momentane Bedeutung haben und einen kleinen Personenkreis erfassen. Daß es sich aber dennoch um Recht handelt, ist bei Vorliegen der drei Mindestvoraussetzungen nicht zu leugnen. Hierin liegt eine Parallele zu Isays[2] Theorie der Entscheidung. Gegenstand der vorliegenden Betrachtung ist zwar nicht die Entscheidung wie bei Isay sondern die Regelung; gemeinsam ist beiden das individuelle Moment. Die Entscheidung hat konkret für den Einzelfall Bedeutung, die Ordnungs- und Spezialrechtsvorschriften

---

1) Eine Person, die nicht Zuschauer bei einem Autorennen ist, betritt die Fahrbahn und wird von einem Auto erfaßt; oder: Die vom Boxclub aufgestellte Regel gilt für das Vereinsmitglied. Der Gast des Boxverbandes wird nun bei einem Gastboxen verwundet.
Die Beispiele lassen sich vermehren. Diese Personen haben an der Entstehung der Regeln nicht mitgewirkt.

2) Rechtsnorm und Entscheidung, S.154.

für eine Anzahl gleichgelagerter konkreter Einzelfälle.

Die Spezialvorschriften stellen Regeln der Sozialethik dar, sind aber darüber hinaus Recht, soweit sie den drei Bedingungen genügen. Nur wegen ihres Rechtscharakters kommen sie für die r e c h t l i c h e Betrachtung im Rahmen des Deliktsrechts in Frage. Die Ausgangsfrage dürfte daher folgendermaßen zu beantworten sein:

Recht kann auch die Regel sein, die unter den Menschen als konkrete Sozialvorschrift gilt, ohne positives oder Gewohnheitsrecht zu bilden. Dabei prallt nicht Ethik, beziehungsweise Sozialethik auf Recht, sondern Recht auf Recht. Somit wird auch Engischs Forderung nach Konkretisierung des Rechts an der Lebensordnung erfüllt.

Alle Vorschriften, soweit sie den oben aufgestellten Voraussetzungen nicht genügen, scheiden aus der weiteren Betrachtung aus.

Daß diesen Regeln, um Recht zu sein, geschichtliche Tradition zukommen muß, ist nicht nötig. Die drei Bedingungen reichen aus; aber die Tradition kann wie zum Beispiel bei den Volksbräuchen hinzutreten. Welzels Definition der Sozialadäquanz ist daher schon in diesem Punkt zu ändern: "Sozialadäquat sind alle Betätigungen, welche sich innerhalb des Rahmens der .... sozialethischen Ordnung bewegen, s o w e i t d i e s e R e c h t s c h a r a k t e r t r ä g t."

Die Rechtsordnung ist damit um einen bedeutenden Bereich erweitert, da dieses Individualrecht häufig anzutreffen und als Rechtsregel anzuerkennen ist. Durch diese konkreten Sozialvorschriften erfährt die Rechtsordnung einen dauernden Zufluß und Schwund. Auch das "Tagesrecht" trägt die Züge der Bewegung am stärksten in sich, so daß Bindings Gedanke, die Rechtsordnung als geregelten Zustand[1] der Dinge zu bezeichnen, abzulehnen ist. Von einem Z u s t a n d als Abgeschlossenheit kann man nicht reden. Auch Fernecks Auffassung[2], daß die Anpassung des einzelnen an die Rechtsmacht ruckweise vor sich gehe, ist für die konkreten Spezialrechtsvorschriften aufzugeben. Die Rechtsmacht entwickelt sich hier nahezu perpetuierlich - dynamisch fort.

So kann man sagen: D i e R e c h t s o r d n u n g i s t d i e G e s a m t h e i t a l l e r R e g e l n, d i e u n t e r d e n d r e i V o r a u s s e t z u n g e n (Regelung eines sozialen Lebensbereichs, Wertbezogenheit, Anerkennung) R e c h t s i n d.

---

1) a.A. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I, 379.

2) Die Rechtswidrigkeit I, S.205.

§ 3 Einordnung des Prinzips

Nachdem geklärt ist, in welchen Fällen die Spezialvorschriften Recht sind, stellt sich die Frage nach der Einordnung dieser Rechtsvorschriften. Sie heben sich in ihrer Entstehung von den Regeln ab, die durch die "offiziellen" Normgebungsorgane[1] erlassen sind. Andererseits trägt eine Vielzahl der Regeln, die von den "ermächtigten" Normgebungsorganen ergehen, denselben Charakter wie die Spezialvorschriften, die auf Grund der drei Bedingungen Recht sind. Die Gemeinsamkeit ist vorhanden, wenn diese Normen, dieses Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht, eine ganz bestimmte Situation regeln wollen. Alle diese Regeln sind nicht abstrakt, vielmehr ist die Situation im voraus konkretisiert. Man kann diese Regeln mit den gesetzlichen[2] und gewohnheitsrechtlichen Einzelvorschriften auf eine Stufe stellen und sie als "k o n k r e t i s i e r t e s S i t u a t i o n s r e c h t" bezeichnen.

Bei den in Gesetz[3] und Gewohnheitsrecht niedergelegten Regeln taucht dasselbe Problem der Einordnung in das Normgefüge auf. Das zeigt ein Vergleich einer Norm des konkretisierten Situationsrechts mit der Norm des § 823 I BGB, der die Unterschiede des Normativen erhellt und damit eine Klärung des Problems bringt. Man muß zwischen Verhaltensnormen und Ausgleichsnormen differenzieren.

1 Verhaltensnormen

Zuerst sei das konkretisierte Situationsrecht betrachtet. Es stellt Gebote auf, wie der Mensch, der ihm unterworfen ist, sich zu verhalten hat und was er zu unterlassen hat. Es ordnet menschliches V e r h a l t e n im Hinblick auf eine ganz bestimmte Situation; nur e i n Verhalten ist das "ordnungsgemäße". Bevor diese Regeln Rechtscharakter erworben haben, existiert im Bereich der Sitte eine Unzahl von ähnlichen Verhaltensweisen, die gewählt werden können. Das Recht greift eine individuelle Art aus dieser Vielzahl und fixiert sie, indem diese Regel den Charakter des Rechts erhält, weil das Rechtsgefühl diese Verhaltensweise als die r i c h t i g e Verhaltensweise bewertet hat. Alle anderen Verhaltensweisen bleiben in dem rechtsfreien, rechtlich unbewerteten Raum. Dieser rechtlich unbewertete Raum soll als "Raum

---

1) Parlament, Exekutive bei delegierter Normsetzung, Richter.

2) im materiellen Sinne.

3) im materiellen Sinne.

der Spontaneität" bezeichnet werden, da Handlungsweisen, die sich im rechtsfreien Raum bewegen, spontan sind, während die dem rechtlich geregelten Raum entspringenden Handlungen im voraus normiert werden, da das Recht eine bestimmte Handlungsweise als verboten oder geboten ansieht[1] und daher seinen Normen unterwirft. Der Raum der "Spontaneität"[2] ist größer als der Raum des Normgefüges, da Handlungen des alltäglichen Lebens ihm entspringen. Daher stellt das konkretisierte Situationsrecht nur einen kleinen Ausschnitt aus einem bestimmten Lebensbereich dar. Es bildet aber einen Teil unserer Lebensordnung und ist besonders lebensnah, weil es eine für einen konkreten Ausschnitt dieses Lebensbereichs begrenzte Regelung bezweckt und daher besonders spezialisiert ist. Für richtig bewertetes Verhalten wird zur Norm erhoben, für "normal" erklärt. Der Zweck der Normierung besteht in der Ordnung schlechthin. Die Ordnung geschieht um des Ausgleichs von Interessen willen, also wegen des Schutzes von Rechtsgütern. Die herrschende Kulturanschauung[3] beziehungsweise Volksüberzeugung[4] hat sie zum Recht erhoben und eine V e r h a l t e n s n o r m aufgestellt.

2 Ausgleichsnormen

Stellt man dem die Norm des § 823 I BGB gegenüber, so ergibt sich: § 823 I BGB stellt das Verbot auf, nicht Urheber einer Rechtsgutsverletzung der in § 823 I geschützten Rechtsgüter zu sein[5]. Er verbietet mithin ein Verhalten, das einen derartigen Erfolg herbeiführt.

Auch hier muß man den Zweck ergründen. § 823 I macht keine weitergehende Aussage als diese eine. Die Vorschrift verlangt keine besondere Bedingung und ist in keiner Weise auf eine bestimmte Verhaltensart spezialisiert. Sie will alle Verhaltensvariationen erfassen, die ein Rechtsgut verletzen. Der Schadensersatz hat nur wenige Voraussetzungen, die Norm muß eine möglichst große Breitenwirkung haben.

---

1) von den Gewährungen wird abgesehen.

2) vgl. dazu Héraud "L'ordre juridique et le Pouvoir Originaire" 1946, S.31 ff., der dem Normgefüge mit seiner Freiheitsbeschränkung den weiten Raum der Spontaneität gegenüberstellt (zitiert bei Bruns, JZ 58 385 ff.)

3) Mayer.

4) Beling,

5) Binding, Normen I 189.

Dieser Generaltatbestand[1] bedarf aber immer einer Konkretisierung[2]. Diese Konkretisierung erfährt er mit der Verwirklichung durch eine bestimmte, dem Leben entnommene Handlung. Die Handlung ist jedoch immer konkret und entstammt der Spontaneität. Aber es handelt sich hierbei um eine "anormale" Handlung[3], um eine Handlung, die gerade n i c h t n o r m i e r t ist. Das V e r b o t ist normiert, nicht aber eine das Verbot verletzende H a n d l u n g.

3 Zusammentreffen einer Ausgleichsnorm mit einer Verhaltensnorm

Der Vergleich zwischen den beiden Normen ergibt folgendes: Während die Norm des § 823 I BGB alle Handlungen treffen will, die der Spontaneität entspringen, stellt eine Handlung nach dem konkreten Situationsrecht kein Verhalten im Bereich der Spontaneität dar. Während ein Verhalten nach dem konkreten Situationsrecht normiertes Verhalten ist, will § 823 I gerade ein n i c h t n o r m i e r t e s Verhalten treffen. Das konkrete Situationsrecht blickt in die Zukunft: Handeln soll normiert werden, um damit Ordnung und Vermeidung von eventuell eintretenden Rechtsgutsverletzungen zu erstreben. Der Zweck der Norm in § 823 I ist zwar auch in die Zukunft gerichtet, nämlich Schaden wieder auszugleichen, jedoch ist primär diese Vorschrift rückschauend an der Vergangenheit orientiert, weil sie bereits entstandenen Schaden wieder ausgleichen will; sie befaßt sich mit nicht normiertem Verhalten, dem aus freier Initiative eine Richtschnur hätte auferlegt werden müssen. Eine in der Regel gerade durch eine nichtnormierte Handlung hervorgerufene "Unordnung" soll wieder beseitigt werden.

§ 823 I ist abstrakt, während das Situationsrecht keiner Konkretisierung mehr bedarf.

Damit ist für das gestellte Problem die Konsequenz zu ziehen: Die Situationsrechtsvorschrift und die Norm des § 823 I sind verschiedener Natur, beide Normen gehören unterschiedlichen Teilen der Rechtsordnung an. Diese Teile der Rechtsordnung sollen nach ihrem Zweck als "V e r h a l t e n s n o r m e n" und "A u s g l e i c h s n o r m e n" bezeichnet werden. Ausgleichsnormen wollen entstandene Störungen der

---

1) Es soll, da der Terminus "Generalklausel" bereits festgelegt ist, diese Formulierung gewählt werden.

2) vgl. Engisch, Idee, a.a.O.

3) nicht im statistischen sondern rechtlichen Sinne

rechtlichen Ordnung wieder beseitigen[1]. Verhaltensnormen zielen auf eine Verhütung derartiger Störungen ab.

Die herrschende Lehre unterteilt die Rechtsordnung in Ge- und Verbote einerseits und Gewährungen andererseits: § 823 I BGB will verbieten, Urheber einer Rechtsgutsverletzung der in § 823 I geschützten Rechtsgüter sein; das konkretisierte Situationsrecht kann ein Verhalten ge- oder verbieten und auch eine Berechtigung gewähren. Es fragt sich, ob angesichts der unterschiedlichen Natur der Ausgleichsnormen und der Verhaltensnormen die Unterscheidung in Ge- und Verbote beziehungsweise Gewährungen aufrechterhalten werden soll.

E s s e r[2] äußert sich, von einem anderen Problem ausgehend, dazu. Er bricht mit der bisherigen Tradition der Einteilung der Rechtsordnung. Sein Ausgangspunkt ist der Gedanke der Ordnung, von dem aus er eine neue Einteilung aufstellt: Ordnen ist nicht gleichbedeutend mit Ge- und Verbieten, da nicht nur menschliches Verhalten sondern auch Verteilungsfragen zu regeln sind. Je nach Ordnungsgebiet gibt es verschiedene Arten von Rechtssätzen: Ordnungsnormen, Verteilungsnormen und Verhaltensnormen[3]; als vierten Typus bezeichnet er die Strafnorm[4], die ganz andere Zwecke verfolgt. Verhaltensnormen sind entweder berechtigend oder verpflichtend, ge- oder verbietend. Verteilungsnormen schließen notwendig Verhaltensnormen ein, gehen aber über diese hinaus[5]. Sie haben die Zuteilung von Gütern und Schäden zum Gegenstand.- Hiermit ergibt sich ein großer Unterschied zwischen Essers und der oben gebrachten Darstellung. In dieser Darstellung wird der große Raum der nicht geregelten Verhaltensweisen, die "Spontaneität", dem rechtlich geregelten Raum gegenüber gesetzt, und es ist keineswegs gesagt, daß die Verhaltensnorm von der Ausgleichsnorm eingeschlossen wird.

---

1) Ob sie dabei Verhaltensnormen notwendig mit einschließen, weil sie ein Verhalten voraussetzen, kann an dieser Stelle nicht entschieden werden; die herrschende Lehre verneint dies sogar für den Fall des § 823 I BGB, da dieser erfolgsbetont ist. Das Verhältnis dieser Normen zueinander kann daher erst an anderer Stelle interessieren.-

2) Grundbegriffe des Rechts und des Staates 136/137.

3) a.a.O., S.138.

4) a.a.O., S.140.

5) Grundbegriffe, S.139.

2. Abschnitt: Elemente des Unrechts
(Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund)

1. Kapitel: Die Probleme

1 Die formelle Seite einer Kollision

Der vorausgehende Abschnitt schloß mit der Feststellung, daß unter drei Bedingungen sozialethische Vorschriften Rechtscharakter haben. Damit ist erst möglich, daß sie mit anderen Rechtsnormen kollidieren können,und es sind die Vorschriften des konkretisierten Situationsrechts gegenüber der Norm des § 823 I BGB abzuwägen. Die vergleichbaren Normen sind diese konkretisierten Rechtsvorschriften und die Norm des § 823 I. Als Unterschied hat sich erwiesen, daß es sich im ersten Fall um Verhaltens-, im zweiten um Ausgleichsnormen handelt. In den uns interessierenden Fällen treffen diese beiden Normen aufeinander, nämlich wenn ein Rechtsgut trotz verhaltensnormgemäßen Handelns verletzt wird. Die Existenz des konkretisierten Situationsrechts sagt nichts über die Prävalenz einer dieser beiden Normen aus. Man muß also eine weitere Norm suchen, die das Verhältnis beider festlegt, also einen Rechtssatz, der einer der beiden Normarten den Vorrang einräumt. Weil eine Kollisionsnorm[1] fehlt, ergibt sich formell eine Subsumtion des vorhandenen Sachverhalts unter den Tatbestand des § 823 I. Wenn kein Rechtfertigungsgrund vorhanden ist, bleibt es bei der (ursprünglichen) Indizierung der Rechtswidrigkeit.

2 Die materielle Seite einer Kollision

Materiell erhebt sich jedoch die Frage, ob dieses Ergebnis mit der Rechtsidee im Einklang steht oder ob nicht der Verhaltensnorm eine größere Bedeutung zukommt, so daß die Ausgleichsnorm zurückzutreten hat: Da das Gesetz über die Lösung der Kollision einer Norm schweigt, besteht eine L ü c k e, die wegen des Justizverweigerungsverbots ausgefüllt werden muß. Und zwar handelt es sich um eine unechte Lücke,

---

1) Als Kollisionsnorm wird in der Sprache des Internationalen Privatrechts die Norm bezeichnet, die bei zwei nationalen Rechtsbereichen den Konflikt vom nationalen Recht aus regelt. Diese Kollisionsnormen sind etwas anderes.

da nur eine passende Entscheidung fehlt[1]. Die Frage, ob das Handeln nach § 823 I wegen der unrechtsindizierenden Kraft der Tatbestandserfüllung und des Mangels an "klassischen" Rechtfertigungsgründen mit dem Unrechtsurteil zu belegen ist oder wegen der Einhaltung der Verhaltensnorm rechtmäßig ist, muß der Richter entscheiden. Die Frage, die sich der Richter dabei vorzulegen hat, lautet: Handelt es sich um ein Scheinunrecht oder liegt wirklich Unrecht vor? Welche Norm hat den Vortritt? Können die Verhaltensnormen, wenn sie eingehalten sind, das Unrechtsurteil beseitigen?

3 Die Notwendigkeit der Beseitigung des Widerspruchs

Daß der Widerspruch beseitigt werden muß, ist notwendig hervorzuheben. Nach Z i t e l m a n n s[2] und E n g i s c h s einleuchtender Darlegung[3] über die Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung besteht das Postulat der Einheit der Rechtsordnung. Da aber sowohl die Norm des § 823 I BGB wie die konkretisierte Situationsvorschrift Recht sind und sich somit bei Verletzung eines Rechtsgutes trotz "verhaltensnormmäßiger" Handlung ein Widerspruch ergibt, kann dieser Widerspruch nur ein scheinbarer sein. Es bleibt allein die Möglichkeit, daß die beiden Vorschriften[4] sich ergänzen oder sich ausschließen. So müßte bei einem Ausschluß der verbleibende Rechtssatz über die Rechtmäßigkeit entscheiden, bei einer Ergänzung aber das Rechtswidrigkeitsurteil von ganz anderen Gesichtspunkten aus gegeben werden. Das Verhältnis beider Normen zueinander ist daher zu klären. Nur so kann man über die Frage nach dem Unrecht eine Aussage machen[5]. Aus

---

1) vgl. Coing, Rechtsphilosophie, S.252.

2) "Ausschluß der RW" AcP 99 1ff.

3) Die Einheit der Rechtsordnung, S.55.

4) die Ausgleichsnorm und die Verhaltensnorm.

5) Es wird der enge Zusammenhang zwischen der Frage des richtigen Rechts, das im Vorabschnitt beschäftigte, und der Frage des Unrechts nunmehr sichtbar. Da die Rechtsnatur der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften das logische Prius gegenüber der Frage, ob Unrecht gegeben ist, bildet, mußten beide Komplexe getrennt werden. Im vorausgehenden Abschnitt interessierte nur das Verhalten im Zusammenhang mit den Gemeinschaftsregeln; nun aber muß der Erfolg in Relation zum Verhalten gesetzt werden, wodurch sich eine andere Situation der Untersuchung ergibt: Die Frage nach dem Unrecht.

der Feststellung, was Unrecht[1] ist, wann Unrecht vorliegt oder ausgeschlossen wird, kann dann unmittelbar gefolgert werden, ob die Einhaltung der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften das Rechtswidrigkeitsurteil beseitigt, diesen Verhaltensnormen also die Kraft zukommt, das Unwerturteil der Ausgleichsnormen zu beseitigen.

2. Kapitel: Die Lehre von der Rechtswidrigkeit

Im ersten Abschnitt sind Betrachtungen über das Recht angestellt und das Recht vom Nichtrecht abgegrenzt worden. Jetzt muß man, um die Kollisionsnorm zu finden, das Recht vom Unrecht unterscheiden, da infrage steht, ob im Fall situationsvorschriftsmäßigen Verhaltens Recht oder Unrecht gegeben ist. Daher ist eine weitere Seite des Rechts aufzuzeigen. Unrecht kann man vom Recht nur dahin abgrenzen, daß es der Widerspruch zum Recht ist. Den Widerspruch klärt man aber nur auf dem Boden des Widersprochenen[2]. Die Lehre greift die Suche einer solchen Kollisionsnorm bei der Frage an, was die Rechtswidrigkeit und was das Unrecht[3] bedeute.

Die Lehre von der Sozialadäquanz will in den Fällen, in denen das Rechtswidrigkeitsurteil nicht durch einen "klassischen" Rechtfertigungsgrund behoben wird, das Rechtswidrigkeitsurteil mit Hilfe des allgemeinen Rechtfertigungsgrundes der Sozialadäquanz beseitigen.

---

1) Während Fischer (RW S.93) die Ausdrücke Rechtswidrigkeit, Widerrechtlichkeit und Unrecht als Synonyma bezeichnet, will Welzel (Das neue Bild, S.17) diese Ausdrücke trennen, wobei er die Rechtswidrigkeit als ein Werturteil, als ein Prädikat ansieht, während das Unrecht etwas Substantielles sei.

2) Fischer, Rechtswidrigkeit, S.73.

3) Diese Frage hat die Rechtswissenschaft und Philosophie häufig beschäftigt und beschäftigt sie immer wieder aufs Neue. Bisher ist sie nicht beantwortet worden. Dies bildet sozusagen ein klassisches Problem der Rechtswissenschaft. Eine Beantwortung der oben angeführten Frage kann daher auch nur aus der Sicht der Lehre und auf dem Boden der geteilten Meinungen versucht werden.

Die Frage nach dem Wesen eines Rechtfertigungsgrundes verlangt zunächst die Feststellung, was Unrecht ist. Denn wenn die Rechtswidrigkeit durch einen Rechtfertigungsgrund beseitigt werden soll, so muß erst das "Objekt der Beseitigung" feststehen.

"Rechtswidrig ist grundsätzlich jedes menschliche Verhalten, das der Rechtsordnung widerspricht, das heißt ein Rechtsgebot oder -verbot verletzt[1]. Es gibt besondere Ausnahmetatbestände, die dem Handelnden den Eingriff gestatten. In diesen Fällen ist die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, weil ein Rechtfertigungsgrund vorliegt."[2] So lautet die Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit durch die herrschende Meinung[3].

§ 1 Die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen das subjektive und objektive Recht

B i n d i n g[4] hebt hervor, daß das Unrecht nicht in der Verletzung des Gesetzes oder Rechts liegt, da Gesetz beziehungsweise Recht nicht verletzt oder gar gebrochen werden können; wäre dies möglich, so würde jede Rechtsverletzung das Recht schmälern. Das sei aber nicht

---

1) So Enneccerus-Nipperdey, 14.Aufl., 915.

2) a.a.O., 920 und ganz hM Enneccerus-Lehmann, 890 ff., Larenz Lb. d.SchR II 326ff., Esser SchR § 312, Maurach Dt. StrR AT 230, Welzel Dt. StrR 1956, S.67, Schönke Komm. StGB Vorbem. II, § 51, RGZ 89 338 (342), Soergel-Lindenmaier, § 823 A 1.7, RGRK § 823 A 10, Palandt, § 823 Anm.7, Ermann, § 823 A 8.

3) Widerrechtlichkeit des § 831 steht der des § 823 gleich, da § 831 den objektiven Tatbestand des § 823 I voraussetzt.
Fehlt ein Rechtfertigungsgrund, so bleibt es endgültig bei dem ursprünglich "indizierten" Rechtswidrigkeitsurteil. Die Umschreibung der Rechtswidrigkeit, wie sie von der herrschenden Meinung gegeben wird, knüpft an die Rechtsordnung an. Bei allen Autoren bestimmt sich die Rechtswidrigkeit nach der Auffassung, welche Rechtsregeln die Rechtsordnung ausmachen. Daher sind die verschiedenen Lehren von der Rechtswidrigkeit aus der unterschiedlichen Betrachtung der Rechtsordnung zu erklären.

4) Die Normen und ihre Übertretung, Bd.I, S.39.

denkbar. Daher sieht Binding das Unrecht in der Übertretung der hinter dem Gesetz stehenden Norm. Alles Unrecht ist Normwidrigkeit[1].

Das Zivilrecht will im Gegensatz zum Strafrecht n i c h t eine W u n d e s c h l a g e n sondern h e i l e n[2]. Daher ist im Zivilrecht anders als im Strafrecht die Norm, die übertreten wird, nicht ohne weiteres erkennbar.

Aber nicht jede Rechtsgutsverletzung stelle Unrecht dar, weil die Normen nicht absolut sondern mit Ausnahmen ergehen[3]. Letztlich stellt Binding den Satz auf, daß das Zivilunrecht in dem Ungehorsam gegenüber dem Gebot besteht, n i c h t U r h e b e r d e r R e c h t s g u t s v e r l e t z u n g e i n e s R e c h t s g u t s zu sein, das heißt, eines subjektiven Rechts zu sein[4]. Subjektives Recht und Rechtsgut sind bei Binding identisch. So läuft alles Unrecht gegen das subjektive Recht[5]. Da Binding die Norm von einer subjektiven und einer objektiven Seite aus betrachtet, führt seine Auffassung zum objektiv - subjektiven Unrecht. Demgegenüber trennt die Lehre heute objektive und subjektive Rechtswidrigkeit. Entscheidend ist für Binding der Gesichtspunkt, daß das Unrecht Normwidrigkeit, die Norm aber nicht mit dem positiven Gesetz identisch ist sondern dahinter steht und den überpositiven Befehl darstellt.

Kurze Zeit nach Bindings Darstellung über die Normen und ihre Übertretung hat K i t z i n g e r[6] die kurze und häufig aufgegriffene Formulierung der Rechtswidrigkeit gebracht: "Der Widerspruch mit der Rechtsordnung ist das unerläßliche aber auch einzige Begriffsmerkmal aller Rechtswidrigkeit."

Diese Formulierung ist insofern richtig, als sie nichts Falsches aussagt; denn der Widerspruch zur Rechtsordnung bedeutet nur eine Tautologie beziehungsweise eine Verbaldefinition. D a s Recht ist eben die Rechtsordnung. Kitzinger geht insofern über Bindings Aussage hinaus, als er das Unrecht nicht allein gegen das subjektive Recht gerichtet sein lassen will. Ferner sucht er mit dieser Begriffsbestimmung auch zum Ausdruck zu bringen, daß es nur e i n e Rechtsordnung

---

1) a.a.O., S.155.
2) a.a.O., S.170.
3) a.a.O., S.51.
4) a.a.O., S.189.
5) a.a.O., S.93.
6) GS 55, 13.

gibt, daß mithin ein Widerspruch sich gegen die G e s a m t h e i t des Rechts richten müsse, nicht gegen das Recht eines Rechtsgebietes.

Kitzingers Formulierung widerspricht Hold von F e r n e c k[1]. Die Rechtsordnung ist die Gesamtheit von objektivem und subjektivem Recht[2], ein Verstoß richtet sich gegen beides. Da aber Ferneck Anhänger (und Erweiterer) der Imperativentheorie ist und den Begriff der Pflicht geprägt hat, bedeutet bei ihm - in Konsequenz von Merkels Satz: "Kein Unrecht ohne Schuld!" - die Rechtswidrigkeit nichts anderes als Pflichtwidrigkeit. So muß Ferneck, der Pflicht nicht in ihre objektive und subjektive Seite trennt, zu einer Negation der objektiven Rechtswidrigkeit kommen. Folgerichtig lehnt er Bindings Theorie ab, daß das Unrecht in der Normwidrigkeit besteht, - Rechtswidrigkeit ist kein Qualitäts - sondern ein Relationsurteil -[3] und stellt den Satz auf: Delikt sei jede pflichtwidrige Handlung[4]. Jedoch gerade auf Grund der Zusammenfassung der objektiven und subjektiven Seite der Pflicht bejaht Ferneck Bindings Lehre vom objektiven und subjektiven Unrecht[5].

Auf Grund dieser Erkenntnisse folgen bei Ferneck die (hier primär interessierenden) Ausführungen über die Beseitigung des Unrechtsurteils. Es bleibt bestehen, falls die Pflicht nicht eingehalten ist. Die Pflicht ist aber eingehalten, wenn das Gebot erfüllt ist. Von der Frage ausgehend, wann ein Imperativ befolgt ist, kommt er zu der Feststellung, daß ein Verbot nicht absolut sondern nur relativ, das heißt situationsgebunden ergeht: ein Verbot, ein Rechtsgut nicht zu verletzen, wird nicht ohne Beziehung zur Situation aufgestellt[6]; vielmehr ist unter gewissen Umständen diese Rechtsgutsverletzung erlaubt. Das ist der Rechtfestigungsgrund.

Dies bedeutet[7], daß für eine bestimmte Situation die Norm nicht ergangen ist. Ist aber die Norm nicht ergangen, dann ist auch kein erlaubender Rechtssatz oder etwa eine Gegennorm notwendig[8]. Vielmehr

---

1) Die RW, Bd.I, 374.
2) a.a.O., S.276.
3) a.a.O., S.19.
4) a.a.O., S.182.
5) a.a.O., S.218 ff.
6) a.a.O., S.298, vgl. Binding, Normen I 51.
7) und damit wirft er einen entscheidenden Gedanken für eine Diskussion um die Sozialadäquanz auf.
8) a.a.O., S.400.

ist durch den Mangel einer gebietenden Norm ein r e c h t s f r e i e r Raum entstanden. Dieser rechtsfreie Raum ergibt sich, logisch betrachtet, aus der Negation des Rechtswidrigen; was nicht rechtswidrig ist, ist verboten und liegt im rechtsfreien Raum.

§ 2 Die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen das formelle und materielle Recht

1 Die Begründung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit

Eine Wende in der Diskussion um die Rechtswidrigkeit hat L i s z t[1] mit der Theorie der materiellen Rechtswidrigkeit gegeben. Das richterliche Unwerturteil über die Tat setze ein Doppeltes voraus. Er unterscheidet eine formelle und eine materielle Rechtswidrigkeit; formell rechtswidrig ist die Handlung als Übertretung der staatlichen Norm, eines Ge- oder Verbots der Rechtsordnung. Materiell rechtswidrig ist die Handlung als Angriff auf die durch die Rechtsnorm geschützten Lebensinteressen des einzelnen oder der Gesamtheit. Steht die materielle Rechtswidrigkeit - und dies ist ein Kernsatz, den die nachfolgenden Wissenschaftler entweder hart bekämpfen oder akzeptieren und weiter begründen - im Gegensatz zur formellen fest, so ist der Richter an das Gesetz gebunden. Daraus zieht er folgende Schlüsse: Eine materielle Rechtswidrigkeit ergibt sich erst, wenn die Verletzung eines Rechtsguts den Zwecken der das Zusammenleben regelnden Rechtsnorm widerspricht. Eine Handlung ist dagegen materiell rechtmäßig trotz ihrer Richtung gegen rechtlich geschützte Interessen, wenn und soweit sie jenen Zwecken der Rechtsordnung und somit dem menschlichen Zusammenleben entspricht, also kein g e s e l l s c h a f t s s c h ä d i g e n d e s Verhalten darstellt. Der antisoziale, materielle Gehalt einer Handlung ist unabhängig von seiner Würdigung durch den Gesetzgeber; er ist metajuristisch. Die Rechtsnorm findet ihn vor, sie schafft ihn nicht. Der Gesetzgeber würdigt die übergesetzliche Rechtsordnung und schafft Ge- und Verbote. Fehlt eine positivrechtliche Bestimmung über die infragestehende Handlung, so ist ihr materieller Gehalt zu untersuchen, und zwar in zweifacher Richtung. Ist die Handlung das richtige Mittel zum rechtlich anerkannten

---

1) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, § 32.

Zweck, so liegt Rechtmäßigkeit auch bei scheinbarer Erfüllung eines Tatbestandes vor. Daraus folgt die Notwendigkeit einer Untersuchung, ob die Handlung den Zwecken des staatlich geregelten Zusammenlebens angemessen ist[1]. Ähnlich äußert sich Graf zu D o h n a[2] zur Abgrenzung der rechtmäßigen von der rechtswidrigen Betätigung. Die Rechtswidrigkeit wird nicht dem Tatbestand sondern der Rechtsordnung als ganzer entnommen. In seiner Zwecktheorie stellt er der formalen Rechtswidrigkeit die materielle gegenüber: "An ihr (sc. der materiellen Rechtswidrigkeit) fehlt es dann, wenn die konkrete Handlung, gemessen an den Grundgedanken des Rechts als einer Schutzordnung unserer Volkskultur, sich als ein richtiges Mittel zum richtigen Zweck ausweist. Eine solche Handlung kann tatbestandlich sein, niemals aber den Normen des Rechts widerstreiten. Formell rechtswidrig ist eine Handlung nur dann, wenn sie materiell rechtswidrig ist." Dohna geht dabei noch weiter: Sachliche Berechtigung kommt einer Norm nur dann zu, wenn sie angemessene Handhabe zu angemessener Gemeinschaftsregelung ist[3]. Das Reichsgericht[4] lehnte Dohnas Zwecktheorie ab, weil Dohna in den Bereich des Rechtlichen unzulässigerweise einen außerrechtlichen Gesichtspunkt hineintrage, bevor eine Wertung des Außerrechtlichen und damit eine Anpassung an das Rechtliche vorgenommen ist.

Max Ernst M a y e r[5] bezeichnet gemäß seiner Kulturnormentheorie dasjenige Handeln als rechtswidrig, das den staatlich anerkannten Kulturnormen, die hinter und über den Rechtsnormen stehen, widerspricht. Maßgebend sind die Kulturanschauungen, ob ein Erfolg ausnahmsweise dem Täter nicht als rechtswidrig zugerechnet werden soll. Es müssen die Rechtsnormen mit den Kulturnormen übereinstimmen, die sich aus ihnen ableiten. Bei einer Diskrepanz zwischen beiden muß die Kulturnorm vorgehen. So können die Kulturnormen der Findung eines neuen Rechtfertigungsgrundes dienen.-

---

1) Nach Liszt müßte man daher auf eine materielle Ordnung zurückgreifen, während dies bei den konkretisierten Situationsrechtsvorschriften vermieden werden kann.

2) Rechtswidrigkeit, 127ff., Aufbau der Verbrechenslehre 1946, 30ff.

3) Rechtswidrigkeit, S.50. Später dann bezeichnet Dohna diesen Grundsatz des "rechten Mittels zum rechten Zweck" als dasselbe, was Welzel mit seiner Sozialadäquanz sagen will. (ZStW 60, 287ff., 291).

4) RG Z 61 253, 254

5) Strafrecht, Allg.Teil, 173ff.; Kulturnormen u. Rechtsnormen.

Nach Mayer muß die Kulturnorm über die Kollision zweier Rechtsnormen entscheiden.

2 Die Neubegründung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit durch die soziologische freie Rechtsfindung

Die freie Rechtsfindung trägt der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit neue Gründe zu. Voran steht Hugo Sinzheimer[1]. Es interessiert aber in erster Linie K a n t o r o w i c z[2]. Seine Kardinalfrage ist das Problem der richtigen Gesetzesauslegung, und darunter vor allem bei Widersprüchen das der Judizieren sine lege, um die Feststellung treffen zu können, was materiell rechtswidrig ist. Ausdrücklich verwehrt er sich gegen ein Judizieren contra legem[3]. Es bleibe jedoch das Problem, wie die Rechtsordnung bei Lücken aufzufüllen sei. Die Beantwortung des "Wie"? ist das Hauptunterscheidungsmerkmal gegenüber den bisherigen Versuchen. Kantorowicz geht von dem Zweck im Recht aus[4]; Zweckforschung sei das Primäre; Zweckforschung setze aber eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Rechtssoziologie voraus. Es sei daher zu untersuchen, welche Wirkung das auszulegende Gesetz im allgemeinen hervorruft. Eine Gebundenheit in der Lückenausfüllung besteht nach Kantorowicz insoweit, als Werturteile im Volksgut maßgebend sind und eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Nicht zwei widerstreitende Interessen sollen miteinander verglichen werden, was zur Relativität führen würde, vielmehr werden sie an einem höheren Kulturwert gemessen, der eine außerhalb des konkreten Falles liegende Größe ist[5]. Diese Höherwertigkeit ist absolut.- Zwar greift auch Kantorowicz auf einen Kulturwert zurück, doch ist bei ihm der Kulturwert der von der Rechtordnung verfolgte Zweck. "An diesem Kulturwert muß sich auch die Rechtssoziologie orientieren." Eine Interessenbeurteilung hat somit daraufhin zu erfolgen, inwieweit die Förderung des einen oder des anderen Interesses diesen Zwecken gemäß ist.

---

1) Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft 1909, S.9, 10.

2) Hermann U.Kantorowicz war unter dem Pseudonym Graeus Flavius bekannt und gleichzeitig Hauptvertreter der Freirechtsschule.

3) Rechtswissenschaft und Soziologie 1911, S.286.

4) Vgl. Ihering, Zweck im Recht.

5) a.a.O., S.295.

W ü s t e n d o r f e r[1] stellt als überwertigen Faktor der Rechtsfindung "das sozialwissenschaftliche geklärte Rechtsgefühl" des Richters fest[2], wobei das teleologische Normziel für den Richter maßgebend ist[3]. Eine Interessenabwägung hat in jedem Falle stattzufinden[4]. Er geht aber weiter als Kantorowicz und fordert eine Rechtsprechung contra legem, wenn "Pseudoauslegung und Analogie versagen"[5]; dies komme aber nur in Betracht, wo ein Abfall von dem Wortlaut der sozial unhaltbaren Norm unvermeidlich und geboten sei.-

Die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit wird entscheidend vorwärts getrieben von S a u e r, der, gestützt auf die soziologische Rechtsfindungsmethode der Freirechtschule, der materiellen Rechtswidrigkeit den Gedanken der Gemeinschaftsschädlichkeit, also einen soziologischen Wert, zufügt. Er[6] betont, daß die materielle Rechtswidrigkeit nur ein besonderer Aspekt der Rechtswidrigkeit sei und keine zweite Art darstelle. Das Rechtswidrigkeitsurteil werde nicht über ein Sein sondern über ein Sollen gefällt, also über einen Wert; maßgebend sei das Rechtswidrigkeitsurteil, das soziologische Geschehen der Menschen innerhalb der Gemeinschaft. Formal wird die Rechtswidrigkeit als Widerspruch mit der Rechtsordnung, als Gesetzesverletzung bestimmt; materiell aber als Negierung der Rechtsidee. Rechtswidrig handelt, wer dem Staate und seinen Gliedern mehr Schaden als ideellen, kulturellen Nutzen zufügt; dazu wird der Saldo zwischen Nutzen und Schaden ermittelt. Dieser Grundsatz hat auch bei Kollision zu dienen. So hat Sauer die Bestimmung der Rechtswidrigkeit zwar auch materiell, aber nach der sozialen Seite hin vorgenommen, indem er den Gedanken der Gemeinschaft und der Sozialgefährlichkeit[7] hervorhebt.

---

1) "Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung", AcP 110, 219-381.
2) a.a.O., S.223.
3) a.a.O., S.355.
4) a.a.O., S.287.
5) a.a.O., S.353.
6) Grundlagen des Strafrechts I, S.35 ff., 233, 236, 286, 295 ff. und Allgemeine Strafrechtslehre 1949, S.22 ff.
7) Kriminalsoziologie 1933, I, S.80.

3 Die Erweiterung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit durch den Grundsatz der Interessensaldierung

M e z g e r[1] greift den Gedanken der Doppelnatur des Rechts als Bewertungs- und Bestimmungsnorm, wie ihn erstmalig Lobe geäußert hat, auf und baut ihn aus. Da das Endziel des Rechts das "kompossible Maximum der Interessenbefriedigung" sei[2], kommt er zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit als Interessenwidrigkeit und legt damit ein Bekenntnis zur materiellen Rechtswidrigkeit ab. "Die soziale Ethik liefert den übergesetzlichen, aber doch rechtlichen Bezugspunkt, woran ... die erforderliche Materialisation der Widerrechtlichkeit durchgeführt werden kann."[3] Damit will er auf eine Anwendung der sozialethischen Vorschriften hinaus und sieht in ihnen den rechtlichen Bezugspunkt. So läßt Mezger das Unrecht aus zwei Gründen entfallen: entweder es entfällt das "sonstwie verletzte Interesse" aus irgendeinem Grunde, oder es steht diesem Interesse ein höher bewertetes anderes Interesse entgegen, welches das scheinbare Unrecht zum Recht erhebt. Er nennt es "das Prinzip des mangelnden Unrechts und überwiegenden Rechts"[4] [5].

Z i t e l m a n n[6] nennt die Rechtswidrigkeit einer Handlung ihre Verbotenheit, da der Gesetzeswille Ausdruck des Verbotenen ist. Die Verbote seien allgemein aufgestellt, könnten aber im konkreten Falle wieder ausgeschlossen werden[7]. Diese Feststellung sei aber anhand der Rechtsordnung zu treffen, weil trotz der verschiedenen Zwecke der Rechtsgebiete letztliches Ziel jeden Rechtsgebietes die Ordnung überhaupt ist[8]. Treffen zwei Rechtssätze aufeinander, so sei die Kollision nur scheinbar, da die Rechtsordnung nicht mit sich selbst im Widerspruch stehen kann[9]. Er stellt zwei Gegensätze zur rechtswidrigen Handlung auf: Positiv, der Handelnde handelt kraft besonderer Befugnis auf Grund eines Rechts; negativ, der Handelnde übt zwar keine verliehene Befugnis aus, handelt aber dennoch nicht rechtswidrig. Im

---

1) GS 89 248 ff.
2) GS 89 248 ff.
3) Jetzt Vorbem.III zu § 51 in Leipz. Komm.StGB, S.296.
4) Neuerdings wieder LK III, Vorb., § 51.
5) Vorbem.III, § 51 und StuB I, 1955, 186 ff.
6) "Ausschluß der Rechtswidrigkeit", AcP 99 1 ff.
7) vgl. Bierling, JurPrinzL I, 92.
8) Ausschl. der Rechtswidrigkeit, S.15.
9) a.a.O., S.31.

Privatrecht gebe es ausschließlich Handeln kraft Befugnis[1]. Die Interessenabwägung sei dafür maßgebend.

H e i n i t z[2] beschäftigt sich mit den bisherigen Theorien über die materielle Rechtswidrigkeit und lehnt die Darstellung bei Dohna, Liszt, Mayer, Mezger etc. ab. Statt dessen entwickelt er selbständig eine Lösung, indem er eine Kombination der bisherigen Meinungen wählt, ihr Anwendungsgebiet aber anders begrenzt sehen will. Rechtswidrigkeit bedeutet Widrigkeit gegen das objektive Recht: Ein Verstoß gegen das subjektive Recht stellt gleichzeitig einen Verstoß gegen das objektive Recht dar. Erlaubt sind diejenigen Eingriffe in geschützte Interessen, bei denen der Eingriff das angemenssene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes ist. Wann aber das Mittel angemessen sein soll, bestimmt primär das positive Recht, und falls kein positiver Rechtssatz vorhanden, das ungeschriebene Recht nach den staatlich anerkannten Kulturnormen (Mayer), nach der Wertvorstellung der tonangebenden Schicht (Beling). Hierbei hat Mezgers Prinzip des mangelnden Unrechts zu dienen, dessen Maßgabe die im Gesetz niedergelegten Bewertungsmaßstäbe sind. Wann es sich um das fehlende Interesse handelt, bestimmt das ganze Rechtssystem.

4 Der Aprioritätsgedanke zur Bestimmung der (materiellen) Rechtswidrigkeit

H a r m s[3] gibt aus der Apriorität des Rechts der materiellen Rechtswidrigkeit eine neue Begründung. Da als oberster Grundsatz der Rechtsordnung und speziell bei der Rechtsfindung zu gelten hat: Recht muß Recht bleiben, hat neben die formelle Rechtswidrigkeit eine Untersuchung der materiellen zu treten[4]. "Alles positive Recht muß den von der Gemeinschaft gesetzten Zwecken entsprechen, wenn anders es nicht seiner ureigenen apriorischen Sendung, Recht zu sein, entgegentreten wollte."[5] Daher kann sich eine materielle Rechtswidrigkeit nur ergeben, wenn die Handlung dem Zweck des Rechts, nämlich Förderung des Wohls der innerhalb eines Gemeinwesens organisierten

---

1) a.a.O., S.21 ff.

2) Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, StAbh 26 210.

3) "Apriorität des Rechts und mat. Rechtswidrigkeit", StAbh 318.

4) a.a.O., S.36.

5) a.a.O., S.39.

Gesellschaft, nicht entspricht[1]. Maßstab für die Verknüpfung der Handlung mit der Rechtsidee ist der in dem jeweiligen Kulturbewußtsein zum Ausdruck gelangende Rechtswille. Dies kann jedoch nicht schrankenlos geschehen; daher ist zu fragen, ob dieser Überprüfung Grenzen am positiven Recht gesetzt sind. Harms fragt, wie man aber bei Bestehen eines positiven Rechtssatzes dennoch wenigstens in Ausnahmefällen zu einer Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit komme. Diese Prüfung kommt nach Harms in Betracht, wenn das Verhalten sich durch einen konkurrierenden zweiten Erfolg qualifiziert, der "geeignet ist, seinen durch den Gesetzgeber ausdrücklich postulierten auszuschalten und somit die Rechtswidrigkeit der Handlung aufzuheben."[2]

Harms will mit der Idee des "konkurrierenden, nicht postulierten zweiten Erfolges" eine gewisse Objektivierung in die Betrachtung bringen, indem er den sonst vernachlässigten zweiten Erfolg mit in Rechnung stellt. Dabei greift er bei der Frage der Berücksichtigung dieses Sekundärerfolges auf das Liszt'sche Prinzip[3] zurück[4].

5 Ganzheitliche Betrachtung der Lebensphänomene zur Bestimmung der (materiellen) Rechtswidrigkeit

Ein Grundgedanke, der bei vielen Schriftstellern ausgesprochen wird, ist die Bestimmung der Rechtswidrigkeit aus der Gesamtrechtsordnung[5].

Daher ist die Feststellung, was zur Rechtsordnung gehört, das Kriterium der Auffassungen. Engisch, Welzel und Coing gehen davon aus, daß die Rechtsordnung die Lebensphänomene als ganze erfasse und ziehen

---

1) a.a.O., S. 39.

2) a.a.O., S. 43.

3) Lbd dt StrR, § 32.

4) Was die konkretisierten Situationsrechtsvorschriften angeht, so ist diesem Prinzip aus vielen Gründen, nicht zuletzt wegen der Ermittlung des s t a a t l i c h anerkannten Zwecks als oft nicht mit der Rechtsidee vereinbar, die Gültigkeit zu versagen und damit leider auch der im Ansatz recht brauchbaren Lehre von Harms.

5) Ferneck, a.a.O., S.333; Hegeler, ZStW 26, 29; Festgabe f. Frank I, 1930, S.274, Nr.2; a.A. Mayer, S.225; neuerdings Bruns, "die Befreiung", 259 f., lehnt wie Mayer eine einheitliche Rechtswidrigkeit ab; somit wäre, konsequent gedacht, der Weg zu einer Ermittlung der RW aus der Gesamtrechtsordnung verbaut.

daraus den Schluß für die Bestimmung des Unrechts.

E n g i s c h sieht den Gedanken der Gemeinschaftsregelung als leitend an, weil sie diejenige Institution ist, die die Einheit der Rechtsordnung bildet[1]. Normwidersprüche entstehen, wenn ein konkretes Verhalten einmal als rechtswidrig und einmal als rechtmäßig erscheint[2].

Sein Ausgangspunkt zur Klärung ist das "Dogma" von der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung[3]. Dieses Postulat beruht darauf "zunächst gültige und ernst gemeinte Imperative doch nicht nebeneinander aufrecht zu erhalten, wenn sie für klares Bewußtsein als Unmögliches beinhaltend nicht ernstlich nebeneinander aufrecht erhalten werden können." - - Engisch prüft, ob es gemäß den verschiedenen Normen auch verschiedene Rechtswidrigkeiten gibt.- Es sei aber ein Mißgriff, wegen der Unterschiedlichkeit in den Unrechts f o l g e n von verschiedenem U n r e c h t zu sprechen.Problematisch bleibt jedoch, wie dennoch auftretende Widersprüche beseitigt werden können. Bewußt oder unbewußt gelassene Lücken im Gesetz sind nach dem Prinzip des "gedanklichen Inhalts der Rechtsordnung im übrigen" auszufüllen[4]. Dies geschieht so, daß alle Norminhalte als "im Plan eines alles überschauenden vernünftigen und gerechten Gesetzgebers enthalten gedacht und aus diesem Plan heraus fortentwickelt werden". Damit hat Engisch einen Weg zur Lösung von Kollisionen gewiesen. Wie man ihn beschreiten soll, sagt er in einem anderen Zusammenhang[5]. Hierfür genügt nicht eine Bezugnahme auf die jeweilige Staatsidee oder Kulturanschauung[6]. Vielmehr muß sich das Recht an der Wirklichkeit orientieren[7]. Das heißt das Sollen ist ausgerichtet am Sein, wobei das Sein ein Datum und durchsetzt ist von geistigen oder kulturellen Phänomenen, die Wertungen darstellen[8]. Das Recht hat die geeigneten Mittel anzusetzen und "stellt daher nichts anderes dar als angewandte Psychologie und Soziologie"[9].

---

1) "Die Einheit der Rechtsordnung", 253.
2) a.a.O., S.46.
3) a.a.O., S.55.
4) a.a.O., S.173.
5) "Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft", 1953.
6) Eine deutliche Abkehr von M.E.Mayer und Sauer.
7) a.a.O., S.93.
8) a.a.O., S.101 ff.
9) eine sichtbare Bezugnahme auf Kantorowicz

Und so muß auch der Richter handeln, wenn sich ein scheinbarer Konflikt ergibt: er hat sich an die realen Wertungen zu halten, die innerhalb der Gemeinschaft faktisch gelten[1]. Dabei kommen als Wertungen nur solche in Betracht, die eine gewisse historische Dignität und Breitenwirkung haben. Eine schöpferische, im Urteil konkretisierende Tätigkeit des Richters ist im Konfliktsfall nur dann anzuerkennen, "wo sie im Dienste einer höheren Gerechtigkeit, im Dienste individualisierender Gerechtigkeit (suum cuique) dringend geboten ist".[2]

Auch C o i n g verlangt eine Bindung des Richters an die Wertungen, auf denen das Gesetz beruht[3], nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung. Er weist wie Radbruch[4] auf die Antinomie der Rechtsidee[5] hin, daß oft die in der Rechtsidee enthaltenen Grundsätze der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Widerspruch stehen können, und fordert eine Gerechtigkeit, die über die Buchstaben hinausgeht[6]. Diese "korrigierende" Rechtsbildung steht zwar nicht im direkten Auftrag des Richters, doch ist diese Rechtsbildung wegen des Justizverweigerungsverbots notwendig. Danach hat im äußersten Fall die Rechtssicherheit vor der Gerechtigkeit zu weichen.-

W e l z e l[7] geht von materieller Rechtswidrigkeit aus, er begründet sie aber anders. In seiner Deduktion erfährt die materielle Rechtswidrigkeit durch den Gedanken der Sozialadäquanz eine Neubelebung. Er greift Bindings Normentheorie auf und sieht hinter dem Tatbestand die Verbotsnorm stehen. Bei ihm ist jedoch die Rechtswidrigkeit nicht immer auch Normwidrigkeit. Zwar ist jede strafrechtliche Tatbestandsverwirklichung Normwidrigkeit, nicht aber auch rechtswidrig, da die Rechtsordnung mehr als nur aus Normen (Ge- und Verboten) besteht; denn sie kennt daneben auch noch Gewährungen[8] und Erlaubnissätze. Normwidrigkeit liegt immer bei der Übertretung einer Norm vor; Rechtswidrigkeit ergibt sich erst beim Fehlen eines Erlaubnissatzes. "Wird das im Tatbestand begrifflich umschriebene Verhalten einer Verbotsnorm verwirk-

---

1) a.a.O., S.110.
2) a.a.O., S.193.
3) Grundzüge der Rechtsphilosophie, S.251.
4) Rechtsphilosophie, S.170 ff.
5) vgl. S.
6) Grundzüge, S.254.
7) Das neue Bild des Strafrechtssystems 1957 und Das dt. StrR 1958.
8) System, S.15, Lb, S.43, dto. Binding I, 140 ff., Fischer, Rechtswidrigkeit, S.46 ff.

licht, so tritt dieses wirkliche Verhalten in Widerspruch zur Normforderung."[1] Rechtswidrigkeit ist jedoch gegeben bei einer zwischen der Tatbestandsverwirklichung und der Rechtsordnung als Ganzem (nicht bloß gegen eine einzelne Norm)[2]. Normwidrigkeit sei ein Unwerturteil, ein Prädikat; das Unrecht dagegen stelle etwas Substantielles dar[3].

Damit wendet er sich gegen die seit Fischer[4] gebräuchliche Identifizierung von Rechtswidrigkeit und Unrecht. - Die Rechtswidrigkeit wird nicht, wie die herrschende Lehre es annimmt, durch die bloße Rechtsgutsverletzung indiziert[5]. Vielmehr unterscheidet Welzel geschlossene und offene Tatbestände. Geschlossene Tatbestände liegen dann vor, wenn die Verbotsmaterie erschöpfend umschrieben ist; dann bleibt es bei der hergebrachten Auffassung der Indizierung mit anschließender Untersuchung, ob ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Anders bei den Tatbeständen, in denen die Verbotsmaterie vom Gesetzgeber nicht erschöpfend umschrieben ist. Hier bedarf es einer positiven Rechtswidrigkeitsermittlung; es genügt nicht die Feststellung der Rechtsgutsverletzung, und daß kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Insbesondere hat diese positive Ermittlung der Rechtswidrigkeit Bedeutung bei den nicht vorsätzlich begangenen Delikten[6]. Sie wird unter Zuhilfenahme der Lehre von der Sozialadäquanz festgestellt. Es geht Welzel um die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit aus der sozialethischen Ordnung. Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Delikte ist nach Welzel die soziale Inadäquanz. Hier geschieht also eine Rechtswidrigkeitsprüfung nach materiellen Gesichtspunkten[7].

---

1) System, S.15.
2) System, S.15; Lb, S.43.
3) System, S.17, Lb, 43/44.
4) Fischer, Rechtswidrigkeit, S.93.
5) System, S.20 ff., Lb, 67 f.
6) System, S.31; Lb, 104 ff., teilweise zustimmend BGH St 7 268, a.A. BGH St 7 114.
7) Damit ist der Ausgangspunkt der Diskussion, nämlich die Sozialadäquanz wieder erreicht. Hier hat die breite Diskussion um die materielle Rechtswidrigkeit wegen eines neuen Aspekts ihre Begründung erhalten.

§ 3 Die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen das positive Recht

Während hier die Rechtsordnung als die Gesamtheit der in der Nation "lebenden rechtlichen Wertungen" aufgefaßt wird, ist auch eine andere Anschauung der Rechtsordnung möglich. Die Rechtsordnung kann als die Gesamtheit der positiven Rechtsvorschriften angesehen werden. Dann ergeben sich für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit andere Gründe.

B e l i n g[1] faßt entsprechend der von ihm übernommenen Binding'schen Normentheorie die Rechtswidrigkeit als Normwidrigkeit auf[2]. Er betont aber, daß die Rechtswidrigkeit anhand a l l e r Rechtsvorschriften gefunden werden müsse, da es nur e i n e Rechtswidrigkeit, eine Vollrechtswidrigkeit gebe, nämlich die Rechtsordnungswidrigkeit; das folge zwingend aus dem organischen Zusammenhang der einzelnen Rechtsteile[3]. Die Rechtswidrigkeit könne aus der Rechtsordnung und n u r aus der positiven Rechtsordnung, nicht aber materiell ermittelt werden. Eine Bestimmung des Unrechts oder Rechts aus anderen Gesichtspunkten scheide aus.-[4] Aber auch Beling kennt wie Ferneck zwischen dem Bereich des Rechtswidrigen und Rechtmäßigen das Gebiet des Rechtsneutralen.

Beling aber wendet sich gegen Fernecks Auffassung von der subjektiven und objektiven Seite der Pflicht. Er komt zur Unterscheidung von zwei derartigen Pflichten: Das normative Element stehe im Vordergrund, das psychische dagegen nicht. "Nennt man einen Rechtssatz nur um deswillen eine Norm, weil sich menschliches Handeln an ihn als rechtsordnungsmäßig oder -widrig messen läßt, so steht damit fest, daß die Norm das Gebiet des Psychischen gar nicht berührt."[5] "Pflicht ist schon da vor ihrer Erfüllung oder Verletzung; folglich muß pflichtgemäßes oder pflichtwidriges Verhalten objektiv bestimmbar sein, bevor der Vorgang der Pflichtverletzung oder -erfüllung nur am Horizonte auftaucht."[6] So verengt er den Unrechtsbegriff auf die objektive Rechtswidrigkeit.

Hans Albrecht F i s c h e r[7] entwickelt selbständig einen Begriff

---

1) "Die Lehre vom Verbrechen", 1906.
2) a.a.O., S.117.
3) a.a.O., S.129.
4) Dieser Gedanke, der bei der Diskussion um das konkretisierte Situationsrecht leitend war, muß anerkannt und festgehalten werden.
5) a.a.O., S.140.
6) a.a.O., S.143.
7) "Die Rechtswidrigkeit", 1911.

der Rechtswidrigkeit. Rechtswidrigkeit sei zunächst der Widerspruch zum objektiven Recht[1], denn dieses ist das logische Prius. Rechtswidrigkeit sei aber auch ein Verstoß gegen das aus dem objektiven Recht abgeleitete subjektive Recht[2]. Energisch wendet Fischer sich gegen die materielle Rechtswidrigkeit, wie sie bei Dohna, Mayer und Liszt zu finden ist[3]. Für das, was dem Recht zuwider sei, kann nichts außerhalb der positiven Rechtsordnung Stehendes maßgebend sein. Er bejaht Belings Gedanken, daß oft außerrechtliche Einflüsse auf die Rechtsordnung gestaltend einwirken. Für die Beantwortung der Frage nach der Rechtswidrigkeit sei man ganz auf das positive Recht angewiesen[4].

Der Erörterung des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit schickt Fischer eine Betrachtung des Konträren und Kontradiktorischen voraus, die Aufschluß über die rechtliche Einordnung eines Rechtfertigungsgrundes geben sollen[5]. Anhand des Satzes vom Widerspruch bei Aristoteles[6] und Kant wirft er Binding, Beling und anderen Autoren einen Grundfehler in der Logik vor. Er besteht darin, daß als Gegensatz von rechtswidrig sowohl Nichtrecht wie Unrecht verstanden wird. Man müsse daher umgekehrt vorgehen und erkennen, daß rechtswidrig nur sei, was dem Recht zuwiderlaufe, was verboten sei. Der Gegensatz lasse sich aber nicht durch Hinzufügen einer zweiten Negation erreichen. So kommt er zu dem Kernsatz: Ein Ausschluß der Rechtswidrigkeit liege in zwei Fällen vor: erstens, wenn ein direkter Rechtsanspruch auf etwas besteht; zweitens, wenn etwas unverboten, das heißt erlaubt ist.- Damit greift er Fernecks Gedanken auf und kommt zu dem Ergebnis, daß bei Ausschluß der Rechtswidrigkeit die Norm gegen den Täter nicht erlassen ist, weil das Verbot nicht besteht[7], jedoch kennt er im Gegensatz zur Imperativentheorie für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit nicht nur einen rechtsfreien Raum an, die rechtliche Indifferenz, sondern auch einen Raum, in dem sich die Tätigkeit als recht-

---

1) a.a.O., S.13.
2) a.a.O., S.147.
3) a.a.O., S.110.
4) a.a.O., S.113.
5) a.a.O., S.187 ff.
6) "A ist nicht Nicht-A"; was Nicht-A ist, muß erst positiv bestimmt werden; das heißt die Rechtswidrigkeit ist nicht die Nicht-Rechtswidrigkeit. Das Gegenteil der Rechtswidrigkeit ist daher die Nicht-Rechtswidrigkeit. Positiv ist daher zu fragen, was die Nicht-Rechtswidrigkeit ist.
7) a.a.O., S.292 ff.

liche bewegt. Er kennt das direkte Recht zum Handeln wie das rechtlich neutrale Handeln.

N a g l e r[1] bezeichnet das Unrecht als "Schatten des Rechts" und lehnt eine materielle Rechtswidrigkeit ab, da diese außerrechtliche Einflüsse zeige. Als Bewertungsmaßstab könne nur das positive Recht dienen. In der Volksmoral sei der Unrechtsgehalt sicher verbürgt.

K e r n[2] wehrt sich gegen die Aufteilung der Rechtswidrigkeit in eine formelle und materielle und damit in eine Trennung von Verstoß gegen die Norm und asozialem Verhalten. Er nimmt Fischers[3] Gedanken auf und kommt zu einer Dreiteilung: "Du darfst nicht!" "Du darfst!" "Du sollst!" - - Das Ausmaß der Rechtswidrigkeit und damit der verschiedenen Grade ist von Angriffsobjekt zu Angriffsobjekt verschieden. - - Kerns Ausführungen über die verschiedenen Grade haben fürs Zivilrecht kaum Bedeutung[4].

---

1) Der Begriff der Rechts. 345, 353 auch: Hegeler, Festschr.f.Frank I, 1930, "Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente", S.270/71; Kissin, "Die Rechtspflicht zum Handeln", StAbh 1933, Heft 317.

2) "Grade der Rechtswidrigkeit", ZStW 64 255.

3) Rechtswidrigkeit, 292 ff.

4) Gegen diese Dreiteilung wendet sich M a u r a c h. Es gebe nur ein rechtmäßiges und ein rechtswidriges Handeln. Liegt nämlich ein Rechtfertigungsgrund vor, so besteht auch ein Recht zum Handeln. Maurach hält den Gegensatz zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit nur für einen scheinbaren. Er schält als Prinzip heraus, daß eine Handlung dann nicht rechtwidrig ist, wenn sie in angemessener Weise überwiegende Interessen schützt. (Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 234, a.a.O., S.235.

3. Kapitel: Verwertbarkeit der Lehre von der Rechtswidrigkeit für die Lehre von der Sozialadäquanz

1 Konsequenzen der dargestellten Lehren und Einwendungen gegen sie

Nach der Orientierung über den Stand der Lehre, wann Unrecht gegeben ist und wann das Rechtswidrigkeitsurteil wieder aufgehoben werden kann, ist die Rückkehr zu dem gestellten Ausgangsproblem möglich. Dieses gipfelt in der Frage, ob die Verhaltensnorm den Vortritt vor der Ausgleichsnorm hat. Bisher ist untersucht, woher das Material zur Ausfüllung der Lücke zu holen ist. Es bieten sich auf Grund der in der Literatur entwickelten Lehre von der Rechtswidrigkeit verschiedene Möglichkeiten an. Alle Lösungswege haben gemeinsam, daß sie dem Richter für den Einzelfall die Entscheidung über die maßgebliche Frage überlassen, ob das Gesamtverhalten Recht oder Unrecht ist. Der Richter hat dabei von der Idee der Gerechtigkeit auszugehen und es abzustellen entweder auf die Kulturanschauungen (Mayer) oder die Sozialnützlichkeit (Sauer), das richtige Mittel (Dohna) zum staatlich anerkannten Zweck (Liszt), das überwiegende Interesse (Mezger) oder schließlich auf den "Gedanken des Inhalts der Rechtsordnung im übrigen" (Engisch). Die Kriterien sind jedoch immer wieder Prinzipien, die nicht im Recht selbst verankert sind. Dem Richter soll es letztlich überlassen bleiben dort, wo das positive Recht schweigt, Wertmaßstäbe a u ß e r h a l b des Rechts für die Entscheidung von R e c h t und U n r e c h t heranzuziehen. Dadurch wären im Ergebnis die auf Grund der Situationsrechtsvorschriften gleichgelagerten Handlungen einmal rechtwidrig und einmal rechtmäßig, je nach der jeweiligen Volksüberzeugung (Beling), Kulturanschauung (Mayer) etc. mit der anschließenden Bewertung durch den Richter. Letzten Endes - - und dies sollen die nur in wenigen Punkten divergierenden Ausführungen über die materielle Rechtswidrigkeit zeigen -- läuft es darauf hinaus, daß der Richter seine Entscheidung über Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit der Tat ausnahmsweise an der Rechtsidee überprüfen darf, weil das positive Recht ihm keine unmittelbare Handhabe gewährt. Der immer wieder leitende Gedanke ist, ob die Gesamthandlung als Recht oder als Unrecht empfunden wird.-

Diese Methode gestattet dem Richter viel Freiheit, eine Freiheit, die ihm selbst nicht immer willkommen sein kann, weil ihm nur die Ziele umrissen sind; der Richtungsweiser, der Weg zum Ziel aber fehlt. Diese Methode würde in ihm und im Volk, da wegen der Vielzahl der variablen Größen die Entscheidungseinheit verloren ginge, eine Unsicherheit hervorrufen. Trotz der Existenz abstrakter positiver Rechtsnormen ergäbe sich eine Vernachlässigung der dritten Komponente der Rechtsidee, nämlich der Rechtssicherheit, weil der Richter die positiven Rechtsnormen je nach der von ihm befundenen Volksüberzeugung, Kulturanschauung etc. zurückweisen dürfte. Mag der Richter auch die für den Einzelfall passende Volksüberzeugung gefunden und der Idee der Gerechtigkeit als zweiter Komponente gedient haben, so geschähe dies auf Kosten der Rechtssicherheit, und es ergäbe sich innerhalb der drei Größen der Rechtsidee eine Akzentverschiebung zugunsten der Gerechtigkeit, so daß das Gleichgewicht aufgehoben wäre. In besonderen Ausnahmefällen ist dies inkauf zu nehmen, wenn es im Einzelfall erforderlich ist, das Recht zu verwirklichen. Hierin liegt die Bedeutung der materiellen Rechtswidrigkeit. Doch diese Freiheit für eine ganze Fallgruppe dem Richter einzuräumen, geht zu weit. Daher ist eine so große Entscheidungsfreiheit, die Wesenszüge eines Fallrechts aufweist, im Rahmen des geltenden Rechtssystems, dessen Tendenz zur positiven Ordnung geht, abzulehnen und damit die Methode zu verwerfen.

2 Ergebnis für die Sozialadäquanz im Zivilrecht

Damit soll nicht einer strengen Bindung des Richters an nur positive Normen das Wort geredet werden. Es ist jedoch folgendes zu bedenken: Der Richter leitet die Kollisionsnorm bei einem Zusammenstoß von zwei Rechtsvorschriften aus einer Werteordnung des nichtrechtlichen Bereichs ab. Er muß über die Frage, was Recht ist, entscheiden. Aber er soll die Entscheidung nach der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit auf Grund eines Rechtschöpfungsaktes treffen. Er kann aber nicht eine Norm schaffen sondern nur eine bereits vorhandene finden, denn die Rechtschaffung obliegt der Gemeinschaft. Eine Entscheidung muß eine Entscheidung bleiben: Der Richter hat nur das Verhältnis beider Normen festzustellen. Würde die Lösungsmöglichkeit durch freie richterliche Recht s c h a f f u n g im Einzelfall bejaht, so ergäbe sich das Resultat, daß dem Richter die Entscheidung jedes weiteren Problems überlassen ist. Er hatte einen "Rechtfertigungsgrund des situations-

gerechten Verhaltens" einmal zu gewähren, ein andermal zu versagen. Dieser "Rechtfertigungsgrund" wäre aber nur ein Deckmantel, hinter dem sich eine freie richterliche R e c h t s s c h a f f u n g verbirgt. Eine Debatte, ob dieses situationsgerechte Verhalten, ob die Einhaltung dieser Situtationsrechtsvorschriften ein Eingriffsrecht im allgemeinen gestattet, oder ob nur das Verhalten gerechtfertigt ist und der Erfolg rechtswidrig bleibt, erübrigte sich, weil die richterliche Gewalt im Einzelfall "je nach Sachlage" entscheiden dürfte. Dies ist jedoch die ultima ratio für ganz abnorme Fälle.

3 Abgrenzung des Handelns, das nach der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit gerechtfertigt ist, von dem Handeln, das kraft Sozialadäquanz rechtmäßig ist.

31 Diese ultima ratio mag bei der Anwendung anderer, inzwischen "klassisch" gewordener Rechtfertigungsgründe berechtigt sein; im Fall der Sozialadäquanz verbietet sie sich aus folgendem Gesichtspunkt, den bisher die Autoren noch nicht erwähnt haben: Alle klassischen Rechtfertigungsgründe haben rechtfertigende Kraft, weil das Verhalten dieser Rechtfertigungshandlung einen bestimmten Zweck verfolgt: Notwehr erstrebt den Zweck der Verteidigung; Notstand den der Hilfe (oft aus Pflichtenkollision); das Züchtigungsrecht den der Erziehung; der staatliche Erfüllungszwang den der Ordnung im Staatswesen. Und gerade dieser spezielle Zweck läßt die Handlung gerechtfertigt sein trotz des schädigenden (zweiten) Erfolges, weil man um der höheren Sache willen bewußt das Schadensergebnis in kauf nimmt. Da die innere, vom Zweck geprägte Tatseite zum höheren als dem verletzten Wert tendiert und die subjektive Rechtfertigung herbeiführt, handelt es sich um subjektive Rechtfertigungselemente, die die Rechtmäßigkeit begründen. Man bezeichnet sie als subjektive Rechtfertigungselemente im Gegensatz zu den subjektiven Unrechtselementen, welche in manchen Fällen die Rechtswidrigkeit begründen, wie dies schon Fischer[1] für die sittenwidrige Schädigung herausstellte.-

Anders verhält es sich bei der hier behandelten Kollisionsnorm. Es ist problematisch, welch höheren Wert der situationsgerecht Handelnde mit seinem Handeln anstreben sollte, was es für ein höherwertiges Inter-

---

1) Die Rechtswidrigkeit, S.89.

esse gibt, das er verfolgt. Bei der Sozialadäquanz erhebt sich die Frage, welchen Nutzen die Gemeinschaft von seinem Handeln hat, so daß sie den Schaden außer acht lassen kann. Es fehlt das subjektive Rechtfertigungselement, und damit liegt gerade der typische Fall nicht vor, in dem es prima vista dem Rechtsgefühl widerstrebt, das Handeln von dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit nicht zu befreien.-

32 Ein weiterer Unterschied zu den "klassischen" Rechtfertigungsgründen ergibt sich aus folgender Gegenüberstellung: Die klassischen Rechtfertigungsgründe ergreifen nichtnormiertes Verhalten, also Handeln, das dem Bereich der Spontaneität entstammt und zwei Erfolge hervorruft; nämlich den "postulierten" und den "nichtpostulierten konkurrierden" Erfolg, (Harms). Der schädigende und der nutzbringende Erfolg werden durch den Rechtfertigungsgrund ins Verhältnis gesetzt, und es wird zugunsten des höherwertigen Erfolges über die Handlung entschieden. Anders liegt es dagegen bei dem Verhalten gemäß den Situationsrechtsvorschriften: Hier beschäftigt sich die (fehlende) Kollisionsnorm mit nur e i n e m Erfolg und e i n e m normierten, weil situationsgerechten Verhalten.- Dieser Gesichtspunkt verbietet eine Gleichbehandlung mit den klassischen Rechtfertigungsgründen.

Daraus folgt, daß d i e d a r g e s t e l l t e L e h r e k e i n e L ö s u n g u n s e r e s P r o b l e m s b r i n g e n k a n n.

3. Abschnitt: Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund im Zivilrecht

1. Kapitel: Problemkonzentration

1 Die These von der Rechtfertigung des Verhaltens

Die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit wendet sich dem Gebiet des Überpositiven und Außerrechtlichen zu. Gegenüber dieser Methode ist eine subjektiv-teleologische Erforschung logischer Rechtszusammenhänge (entsprechend dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung in Ver-

bindung mit der soziologischen Rechtsschule) zu bevorzugen. Es ist zu fragen, ob aus der bestehenden Rechtsordnung ein Rückschluß auf den Willen des Gesetzgebers, als der mit Beling das Volk anzusehen ist, gezogen werden kann, ob also die Gesamtheit der Rechtsregeln als Manifestierung dieser Volksüberzeugung Aufschluß gibt, wie die Lücke auszufüllen ist.

Im ersten Abschnitt ist der Versuch unternommen, die Situationsrechtsvorschriften ins Rechtssystem einzuordnen. Es hat sich ergeben, daß normiertes Verhalten nicht unter die Handlungen des § 823 I BGB fällt, weil diese Norm eine Ausgleichsnorm ist und nur spontane Handlungen erfassen will, normiertes und spontanes Verhalten aber sich auf verschiedenen Ebenen bewegen.- Daraus ist die Konsequenz bezüglich der Rechtswidrigkeit zu ziehen: Der Stufenbau: Recht-Nichtrecht-Unrecht, den Fischer auf Grund des Satzes vom logischen Widerspruch und viele Autoren auf Grund anderer Überlegungen aufgestellt haben, ist abzulehnen; die rechtliche Indifferenz steht nicht als Gegenteil des Rechts mit dem Unrecht auf gleicher Stufe. Vielmehr kann entsprechend unserer Auffassung auf der einen Seite das Normgefüge, auf der anderen Seite, im Gegensatz zum rechtlich geregelten Raum der Bereich der rechtlich nicht geregelten, also spontanen Handlungen gesehen werden. Das Unrecht ist der Gegensatz zum Recht und hat seinen Platz i n n e r h a l b des Normgefüges; es negiert das Recht und steht damit auf demselben Boden wie das Recht; die rechtliche Indifferenz ist dagegen identisch mit der Spontaneität.- Ein Verhalten gemäß der Norm ist ein Handeln, das vom Normgeber vorgedacht, daher konkret ist und nicht mehr der Konkretisierung in einer spontanen Handlung wie bei § 823 I BGB bedarf. Daher hängt die Feststellung der Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit des Verhaltens allein von der Einhaltung der Situationsrechtsvorschriften ab. Ist eine Vorschrift (nicht) eingehalten, so ist Rechtmäßigkeit (Rechtswidrigkeit) gegeben. Daher folgende These:
Wer sich innerhalb der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften bewegt, verhält sich nicht rechtswidrig. Als Kollisionsnorm ergibt sich: D i e E i n h a l t u n g d e r k o n k r e t i s i e r t e n S i t u a t i o n s r e c h t s v o r s c h r i f t e n b e d e u t e t e i n e R e c h t f e r t i g u n g d e s V e r h a l t e n s.

Eine weitergehende Aussage über eine eventuelle Rechtmäßigkeit des Erfolges ist damit noch nicht gemacht; ebenfalls besteht damit noch keine Äußerung über die Kontroverse Verhaltensunrecht contra Erfolgsunrecht.

2 Die These von der Rechtfertigung des Handlungserfolges

Nun kann man einen Schritt vorwärtsgehen und die zunächst stillschweigend gemachte Voraussetzung, vom Erfolg zu abstrahieren, fallen lassen.

Wenn man den Fall der Rechtsgutsverletzung trotz Normverhaltens aufgreift, kann man auf Grund logischer Überlegung sagen: Der Gesamtvorgang einer Handlung setzt sich aus dem Verhalten und dem Erfolg zusammen; wenn aber § 823 I BGB nur spontanes, nichtnormiertes Handeln erfaßt, normiertes Verhalten aber nicht mehr unter die Ausgleichsnormen des § 823 I fällt, so kann auch der aus einem normierten Verhalten resultierende Erfolg nicht unter § 823 I fallen, so daß auch der Erfolg gerechtfertigt ist. Das bedeutet aber, daß die Einhaltung der konkreten Situationsrechtsvorschriften einen echten Rechtfertigungsgrund abgibt.

Es wird damit behauptet, daß ein Recht zum Handeln, also ein Eingriffsrecht gegeben ist - und dies trotz des Fehlens der subjektiven Rechtfertigungselemente.

Damit ist das Schluß- und Hauptproblem erreicht; im Gegensatz dazu stellten die anderen Fragen nur Nebenprobleme dar; ihre Klärung war aber als das logische Prius notwendig. Die Frage, ob ein direktes Eingriffsrecht besteht und ob Verhaltensunrecht oder Erfolgsunrecht zu gelten hat, sind nur verschiedene Aspekte. Denn steht das Verhaltensunrecht im Vordergrund, so hat sich der Handelnde rechtmäßig verhalten, und der Erfolg ist ebenso gerechtfertigt, weil er dann ein Recht zum "So-Handeln" hatte. Es ist denkbar, daß die Rechtmäßigkeit des V e r h a l t e n s einen Einfluß auf die Rechtswidrigkeit des E r f o l g s haben kann. Man muß das Augenmerk primär darauf richten, ob der Schadenserfolg aus der Handlung herausgelöst, vom rechtmäßigen Verhalten abgetrennt und dann unter § 823 I subsumiert werden kann oder aber in Verbindung mit dem Verhalten zu sehen ist. Abstrahiert man vom Verhalten, so bleibt nur der Schadenserfolg, und zwar ein rechtswidriger Erfolg. Durch diese Feststellung beschränkt sich das Problem auf die Frage: Gibt es einen rechtswidrigen Zustand aus einem rechtmäßigen Handeln?

Die oben[1] aufgestellte Arbeitshypothese gibt eine verneinende Antwort: Diese These ist jedoch nur ein logischer Untersatz, den man nicht genügen lassen kann; denn er ergab sich nur als Konsequenz aus der Unter-

---

1 vgl. S. 98.

scheidung von Verhaltensnormen und Ausgleichsnormen. Daher stellt diese Aussage nur eine Hypothese dar, die eines stärkeren Beweises auf Grund anderer Überlegungen bedarf. Die Antwort auf die Frage, ob es rechtswidrige Zustände aus rechtmäßigem Verhalten geben kann, entscheidet über die Verifikation oder Verwerfung der Hypothese und damit auch über die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund im Zivilrecht.

Die Prüfung der Hypothese kann man nur in zwei Schritten vornehmen.

Der erste Schritt ist die Untersuchung, welche Stellung die Rechtstheorie zu dem Problem "rechtswidrige Zustände aus rechtmäßigem Verhalten", Verhaltensunrecht - Erfolgsunrecht einnimmt.

Der zweite Schritt ist, ob man die Lehre verwenden kann oder ob eine andere Konstruktion zu wählen ist, um die konkreten Situationsvorschriften in § 823 I einbauen zu können.

2. Kapitel: Der rechtswidrige Handlungserfolg in der Literatur

Es gibt zur Frage des rechtswidrigen Zustandes aus rechtmäßigem Verhalten drei verschiedene Stellungnahmen: Man kann den Erfolg vollkommen vom Verhalten abstrahieren und die sich ergebenden rechtswidrigen Zustände aus rechtswidrigem Verhalten bejahen.

Die entgegengesetzte Ansicht lehnt rechtswidrige Zustände ab und sieht Verhalten und Erfolg in fester Verbindung, wobei der Akzent auf dem Verhalten liegt.

Die Mittelmeinung stellt keine generelle Regel auf, sondern kombiniert Verhalten und Erfolg mit individuell wechselndem Schwerpunkt. Und alle drei Meinungen wurden und werden vertreten.

§ 1 Die Bejahung der Konstruktion des rechtswidrigen Erfolges aus rechtmäßigem Verhalten

B e l i n g[1] begründet aus seiner Abkehr vom subjektiv-objektiven Pflichtbegriff die Möglichkeit rechtswidriger Zustände. Das Recht kenne direkte Normen, in denen das näherbezeichnete Handeln selbst als unstatthaft erklärt werde, und mittelbare Normen, die bloß von unstatthaften Zuständen, Ereignissen etc. reden, ohne das Handeln, das dazu führt, zu konkretisieren. Daher gebe es rechtswidrige Zustände aus rechtmäßigem Verhalten. Dies sei gerade bei den riskanten Handlungen der Fall, die "trotz eines mit ihnen verbundenen Risikos freigegeben werden". Der Erfolg sei daher ohne weiteres rechtswidrig, auch wenn die Handlung rechtmäßig ist.-

Z i t e l m a n n[2] sieht das Interesse der Rechtsordnung nicht so sehr an der körperlichen Bewegung als vielmehr an der dadurch entstandenen Rechtsgutsverletzung, also an dem Erfolg bestehen; daher gebe es selbstverständlich einen rechtswidrigen Erfolg.

Ähnlich spricht sich S a u e r[3] aus und nimmt einen objektiven Standpunkt ein. "Die rechtliche Wertung knüpft an ein menschliches Verhalten. Wie dieses zu bewerten ist, darüber entscheidet der Erfolg." Oder: "Entscheidend ist der Erfolg, der der Natur betreffenden Verhaltensweise entspricht". Die Rechtsordnung bestimme sich objektiv nach dem regelmäßig eintretenden Erfolg[4].

E s s e r[5] meint, daß der rechtlichen Bewertung von Zuständen, die "sein sollen" oder "nicht sein sollen", nichts im Wege stehe, weil das Recht nicht nur Bestimmungs- sondern auch Bewertungsnormen kennt.

L a r e n z[6] sieht menschliches Handeln mit Rücksicht auf einen rechtswidrigen Erfolg als rechtswidrig an. Ebenso äußert sich für das Erfolgsunrecht L e h m a n n[7].

---

1) Die Lehre vom Verbrechen, S.172.
2) Ausschluß der Rechtswidrigkeit, AcP 99, S.8/9.
3) Grundlagen des Strafrechts, S.282/283.
4) a.a.O., S.286.
5) BGB Schuldrecht, § 313.
6) Lb d.Schuldrechts II 1956, 326 f.
7) Enneccerus-Lehmann, 14.Aufl., S.892.

§ 2 Verneinende Stellungsnahmen zum rechtswidrigen Erfolg aus rechtmäßigem Verhalten

Hold von F e r n e c k[1] hält es für unzulässig, von einer im Gesetz statuierten Schadensersatzpflicht darauf zu schließen, daß das Recht den Zustand als ihm widersprechend nicht will. Er bezeichnet auf Grund seiner Imperativentheorie mit dem subjektiv-objektiven Pflichtbegriff es als irrige Annahme, daß die Rechtswidrigkeit in einem geschaffenen Zustand liegen könne[2]. Denn die Rechtswidrigkeit ist nach Ferneck Pflichtwidrigkeit, pflichtwidrig können aber nur Menschen handeln. Wie das Recht nicht in den Objekten liegen kann, so auch nicht die Rechtswidrigkeit in einem Zustand. Daher knüpft das Recht an das Wollen beziehungsweise das Nicht-Wollen von Menschen: an Geschehnisse an, ohne sich um ruhende Zustände zu kümmern[3]. Ferneck setzt sich entschieden für die Betrachtung lediglich der Handlung ein: "Gewiß verbietet das Recht die Handlung zu dem Zweck, damit sie den Erfolg nicht herbeiführe; denn nicht um ihrer selbst willen wird die Handlung verboten. Das Recht kann den Erfolg nicht verbieten, da er die Handlung nicht zur einzigen Ursache hat; der Handelnde komplettiert nur die unendliche Zahl der Bedingungen, die zum Erfolge führen. Verboten ist nur die Komplettierung."[4] Daher ist nicht der Erfolg als Ergebnis der rechtswidrigen Handlung rechtswidrig, sondern nur die verbotene Handlung.-

Fernecks Ausführungen sind zwar überzeugend -- werden jedoch unter der Voraussetzung der bereits überholten Imperativentheorie vorgenommen.

Hiermit schneidet er gerade R ü m e l i n s[5] Spezialproblem bei der Gefährdungshaftung an, das in den folgenden Darstellungen sozusagen Musterbeispiel bleibt. Rümelin tut dar, daß der Begriff "Gefährdungshaftung" allerdings noch nicht generell die Handlung freigibt; vielmehr muß im Einzelfall ermittelt werden, ob die Handlung verboten ist oder nicht. Ist die Handlung aber einmal erlaubt, dann besteht auch kein Zweifel, daß die einmal unterlaufene Verletzung fremder Rechtsinteressen nicht rechtswidrig ist. Die Frage nach dem Schadensersatz

---

1) Die Rechtswidrigkeit, Bd.I, S.342.

2) a.a.O., S.215.

3) a.a.O., S.385.

4) a.a.O., S.386/387.

5) Gründe der Schadenszurechnung, 45 ff., 51, 54, 55.

steht auf einem ganz anderen Blatt.

Ähnlich wie Ferneck sieht F i s c h e r[1] sich veranlaßt, den rechtswidrigen Zustand abzulehnen. Es bestehe zwar für die Rechtsordnung kein Hinderungsgrund, gewisse Tatsachen oder Zustände, die es nicht will, als rechtswidrig zu bezeichnen. Fischer entschließt sich dann zu einer Detaillösung: Er geht genau wie Rümelin von der Gefährdungshaftung aus und schließt sich Rümelins Ansicht an, daß das Wort "Gefährdungshaftung" noch keinen Aufschluß darüber gibt, ob die Gefährdung vom Recht erlaubt oder nicht erlaubt ist; vielmehr müßten immer noch gewisse weitere Momente hinzutreten.- Da die Gefahr die Möglichkeit eines Schadens in sich schließe, werde die ganze Linie von "der Unmöglichkeit bis zur Wahrscheinlichkeit" des Schadenseintritts erfaßt. Dieser Begriff ist Fischer zu weit. Man müßte ihn einengen und eine Möglichkeit des Schadenseintritts von großer Wahrscheinlichkeit verlangen, also "ein Neigen mehr zum Pole der Notwendigkeit als zum Pole der Unmöglichkeit" der Verletzung.- Die Konsequenz für die Rechtswidrigkeit beziehungsweise Rechtmäßigkeit sei folgende: Ist die Handlung erlaubt und besteht nicht nur die Möglichkeit sondern die W a h r s c h e i n l i c h k e i t einer Rechtsgutsverletzung, so ist die Verletzung nicht rechtswidrig; die Wahrscheinlichkeit muß aber immer gesehen werden und dennoch die Handlung unverboten sein. Als Begründung wird auf die Notwendigkeit gefährlicher Betriebe etc. hingewiesen. "Die bedauernswerten Unfälle, welche sich aus dem Betrieb gefahrvoller Unternehmen ergeben, sind, soweit diese Großbetriebe für unser Wirtschaftsleben erforderlich sind, niemals rechtswidrig. Auch wenn rein statistisch sicher ist, daß jährlich einige Menschen unter Millionen oder Hunderttausenden, oder wie man das Verhältnis einsetzen mag, diesen Betrieben zum Opfer fallen, so muß dieses als notwendige Begleiterscheinung mit in kauf genommen werden. Auch der Einzeltod des vom Unfall Betroffenen ist nicht rechtswidrig."[2]

Für ein Verhaltensunrecht und gegen die Trennung in ein rechtmäßiges Verhalten mit rechtswidrigem Erfolg setzt sich mit allem Nachdruck H. M a y e r[3] ein. "Wer innerhalb des maßvollen Risikos bleibt, handelt rechtmäßig, nicht etwa nur schuldlos, auch wenn aus der Gefährdung eine wirkliche Verletzung erwächst." Als Begründung führt er an: "Die Risikohandlung ist gerade mit ihrem Nutzen für die Allgemeinheit er-

---

1) Die Rechtswidrigkeit, S.98 ff.

2) Die Rechtswidrigkeit, S.98 ff.

3) Strafrecht, Allgemeiner Teil 1953, S.186/187.

laubt."

Auch E n g i s c h[1] neigt zu dieser Ansicht.

N i e s e[2] sieht nicht das Erfolgsrecht als wesentlich an, sondern ein Handeln auf diesen Erfolg zu bei den Vorsatzdelikten. Unvermeidbare Rechtsgutsverletzungen seien rechtmäßig. Erst recht sei bei Fahrlässigkeitsdelikten die bloße Erfolgsverursachung für die Rechtswidrigkeit nicht ausreichend.

W e l z e l[3] hat sich entschieden für das Verhaltensunrecht eingesetzt und sich für das "personale" Unrecht im Gegensatz zum sachverhaltsbezogenen Unrecht ausgesprochen. "Nicht die von der Täterperson inhaltlich abgelöste Erfolgsverursachung (Rechtsgüterverletzung) erschöpft das Unrecht, sondern rechtswidrig ist die Handlung nur als Werk eines bestimmten Täters, der durch seinen Willensinhalt der Tat seinen Stempel aufdrückt." Daher kennt Welzel nur ein täterbezogenes, "personales" Handlungsunrecht. "Für die meisten Delikte ist allerdings eine Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung wesentlich, aber nur als Teilmoment einer personalrechtswidrigen Handlung, nie in dem Sinne, daß die Rechtsgutsverletzung allein das Tatunrecht ausreichend kennzeichnet."[4]

§ 3 Vermittelnde Stellungnahmen

Die vermittelnden Stellungnahmen kommen von Maurach, Gallas und Nagler. N a g l e r[5] sieht als Wertungsobjekt Handlung und Zustand an. G a l l a s[6] setzt sich für eine ganzheitliche Betrachtung des Handlungsvorganges incl. der Willensrichtung ein. Ob personales oder

---

1) Idee der Konkretisierung, S.278.

2) Streik und Strafrecht 30, JZ 56 457.

3) Das deutsche Strafrecht, S.52; System 27/28.

4) Hier setzt Stolls Kritik ein; dieser Gedanke sei unvereinbar mit unserem Zivilrechtsystem, das es auf den sachverhaltsbezogenen Unrechtsbegriff wegen der Sachenrechte abstelle. Vgl. oben, S.21 ff. und JZ 58 137.

5) Die Rechtswidrigkeit, S.340.

6) Gegenwärtiger Stand von der Lehre vom Verbrechen ZStW 67, S.22 ff., insbes. 37, 39, 40.

Erfolgsunrecht im Vordergrund steht, entscheidet die Norm, die gerade die Rechtswidrigkeit begründet. Dies muß auslegend ermittelt werden. M a u r a c h[1] tritt für ein zusammengesetztes Handlungs- und Erfolgsunrecht ein, weil das Rechtswidrigkeitsurteil sich auf beides bezieht.

§ 4 Auswertung der Lehre vom rechtswidrigen Erfolg für die Lehre von der Sozialadäquanz

Die Konstruktionen von Welzel, Maurach, Niese, Gallas und Mayer sind ebenso wie die von Beling, Zitelmann, Sauer und Esser, Lehmann und Larenz nicht unmittelbar als Basis zu akzeptieren, weil diese Autoren sich auf die finalistische beziehungsweise kausale Handlungslehre festgelegt haben, so daß sich ihre Lehren vom Unrecht als Konsequenz der individuellen Handlungslehre ergeben und auch begründet werden. Wenn Welzel und Niese den Vorsatz als unrechtskonstituierend ansehen und so zu einem personalen Unrechtsbegriff kommen, wenn Beling und Lehmann wegen der kausalen Handlungslehre allein von der Erfolgsverursachung ausgehend, zum Erfolgsunrecht gelangen, so können diese Lehren nicht unmittelbar für das Problem der Lehre von der Sozialadäquanz dienlich sein. Denn wie schon hervorgehoben, soll bei der Untersuchung eines allgemein geltenden Rechtsfertigungsgrundes von verschiedenen Handlungslehren abgesehen werden, um am Ende der Darstellung eine allgemein gültige Aussage machen zu können.

Fernecks Darlegung ist wegen ihrer Begründung auf der Imperativentheorie, die inzwischen abgelehnt wird, nicht zu akzeptieren.

So bleibt Fischers Darstellung, die jedoch in erster Linie eine logische Forderung ist und nicht zu einer Begründung ausreicht.

Daher sind die Meinungen der Lehre über den Erfolg aus rechtmäßigem Verhalten nicht zu verwerten[2].

---

1) Deutsches Strafrecht 1958, S.236.

2) Einen Ansatz macht Soergel-Lindenmaier, 8.Aufl., A.I. 7 zu § 823. Lindenmaier sagt, daß für die Rechtswidrigkeit nicht nur der Erfolg sondern auch das Verhalten maßgebend ist; doch ist diese Darlegung nicht zu verwenden, da er fortfährt: Jede Verletzung eines fremden Rechtsgutes ist als rechtswidrig anzusehen, falls nicht besondere Rechte zum Handeln bestehen. Damit gibt er die herrschende Meinung wieder.

Es ist also eine eigene Lösung zu suchen, die speziell das Wesen der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften berücksichtigt.

3. Kapitel: Ergründung eines neuen Prinzips

Das Problem Verhaltensunrecht - Erfolgsunrecht fordert eine Untersuchung, in welchem Verhältnis Erfolg und Verhalten stehen.

§ 1 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus der Logik

Wenn die Lehre in Erfolg und Verhalten trennt, so tut sie dies aus sachdienlichen Gründen. Sie abstrahiert vom Erfolg und betrachtet isoliert den Erfolg. Es fragt sich, welche Erfolge als rechtswidrige Zustände sie meint. - -

Ein Erfolg als Zustand liegt zum Beispiel vor, wenn ein Blitz in ein Haus einschlägt, wenn eine Flutwelle einen Deich bricht und Überschwemmungen hervorruft, wenn eine Seuche Krankheiten erregt. Die Beispiele lassen sich vermehren. Immer werden Rechtsgüter verletzt und Zustände geschaffen, die nicht gebilligt werden. Nach der Anschauung derjenigen, die ein Erfolgsunrecht befürworten, dürften diese Fälle den durch menschliche Handlungen hervorgerufenen Fallgruppen gleichgesetzt werden, da ja (im Rahmen der Rechtswidrigkeit) alles, was zum Erfolg führt, unberücksichtigt bleibt. Diese Konsequenz richtet sich nicht nur gegen die natürliche Anschauung, sondern stellt eine sophistische Argumentation dar. Diese Konsequenz wird aber auch nicht von den Lehren gezogen. Vielmehr denkt man dabei wohl nur an durch menschliche Handlungen herbeigeführte Erfolge, wobei aber nachträglich vom Verhalten abstrahiert wird. Also sind von der Lehre auch nicht alle Zustände gemeint, sondern nur diejenigen, die aus V e r h a l t e n resultieren.

Nun fragt es sich, ob man diese Zustände als rechtswidrig bezeichnen

kann, mit anderen Worten, ob die Abstraktion berechtigt ist. Wenn Fischer[1] sagt, es stünde theoretisch der Rechtsordnung nichts im Wege, gewisse Zustände als ihr nicht genehm und daher rechtswidrig zu bezeichnen, so ist ihm generell beizupflichten, da die Rechtswidrigkeit eine Eigenschaft ist und daher ein Zustand mit dem Unrechtsurteil versehen werden kann. Ebenso urteilt Larenz[2], indem er die Bewertungsfunktion des Rechts herausstellt. Es geht aber nicht darum, ob nur ein Zustand rechtswidrig sein kann, sondern ob dabei eine Abstrahierung vom Verhalten möglich ist. Man braucht nicht so weit zu gehen und zu fragen, ob ein Zustand rechtswidrig sein kann, sondern ob überhaupt Zustände als Erfolg eines Verhaltens von dem Verhalten getrennt werden können. Das Problem zieht sich daher weiter zusammen. Es ist auf folgende Gedanken hinzuweisen.

In dem Rechtswidrigkeitsurteil ist zum Ausdruck gebracht, daß dieser Zustand vom Recht nicht gewollt ist. Wenn das Rechtswidrigkeitsurteil, wie angenommen worden ist, die Feststellung einer Eigenschaft, nämlich die Nichtübereinstimmung mit dem Recht ist, so ist dies nur zu unterstreichen. Jedoch drückt das Rechtswidrigkeitsurteil noch mehr aus: Das Rechtswidrigkeitsurteil stellt fest, daß der Zustand nicht gewollt ist, sagt aber gleichzeitig damit aus, daß ein anderer hätte herbeigeführt werden sollen. Der wegen der Bewertungsfunktion des Rechts als unpassend bewertete Zustand muß sich von (irgend) einem passenden, einem gewollten Zustand abheben, anderenfalls die Rechtswidrigkeit nicht zum Ausdruck gebracht werden kann. Denn ein Negativum setzt logisch ein Positivum voraus. Wenn das Recht aussagt, ein anderer Zustand sei ihm genehmer gewesen, so muß es irgendwie klären, w i e dieser gewollte Zustand hätte erreicht werden können. Zumindest muß es die Möglichkeit einer Herbeiführung aufzeigen. Dieses verbindende Glied erkennt man, wenn man sich das Wesen des Rechts vor Augen führt.- Das Recht ist das Ergebnis des menschlichen Zusammenlebens; es ist, da es von Menschen erzeugt wird, auf die Menschen allein bezogen und kann als geistige Macht nur sie ansprechen[3]. Nicht "thronend" über den Menschen,

---

1) Die Rechtswidrigkeit, 98 f.

2) Lb. d. Schuldrechts, Bd.II, S.326 f.

3) Der Gedanke, daß sich das Recht nur an Menschen wendet und Verbote nur menschliches Handeln erfassen, ist sehr verbreitet: Binding, Normen I, S.37; Ferneck, Rechtswidrigkeit I, S.199; Fischer, Rechtswidrigkeit, S.98; Engisch, Idee der Konkretisierung, S.93 und 102; Larenz, Lb d. Schuldrechts, Bd.II, S.326; Enneccerus-Nipperdey, 14.Aufl., S.916; Max-Ernst Mayer sieht die Norm nur speziell an die Richter und Beamten gerichtet.

bewertet und befiehlt es in die Gemeinschaft hinein, sondern es bewertet und befiehlt a u s den Menschen heraus nur den Menschen. Es ist die Macht, aus der heraus sich der Mensch die Dinge zuordnet, - aber im Verhältnis zu anderen Menschen. Sie kann daher nur wirken, wo etwas potentiell zu den Menschen ins Verhältnis gesetzt werden kann; sie kann aber auf die Dinge allein d u r c h die Menschen wirken. Seiner Ordnungsfunktion kommt das Recht nur dann nach, wenn es die Zustände im Verhältnis zur menschlichen Gemeinschaft als nicht passend bezeichnet. Wegen seiner Bezogenheit auf die Menschen sagt es aber dann einzig aus, wie dieser ihm nicht passende, rechtswidrige Zustand hätte ausfallen sollen. Das Positivum hebt sich daher nur über das Tun und Unterlassen allein der Menschen ab. Daher bedeutet das Rechtswidrigkeitsurteil über einem dem Recht nicht passenden Zustand zugleich die stillschweigende Aussage, daß dieser Zustand nicht hätte herbeigeführt werden sollen. Und wer ihn nicht hätte verursachen sollen, sind die Menschen. Der Mensch führt einen Zustand aber allein durch Handeln herbei. Wenn das Recht einen Zustand als rechtswidrig bezeichnet, so trifft es nur, aber auch ganz, das Handeln der Menschen. Zustände, die das Recht erfaßt, können nur durch Menschen verändert werden. Es ist nicht einzusehen, wozu das Recht einen Zustand als ihm nicht passend bezeichnen sollte, wenn es nicht damit das Verbot an die Menschen knüpfte, solche Zustände herbeizuführen. Denn das Verbot, einen rechtswidrigen Zustand zu erzeugen, kann nicht an die Natur ergehen. Daraus ist die Konsequenz zu ziehen: Zustände (gleich Erfolge) können rechtswidrig genannt werden, jedoch mit der Inzidentaussage, daß sie auf Grund des menschlichen Handelns herbeigeführt wurden. Das Substantiv "Erfolg" ist perfektischer Natur und drückt aus, daß etwas "erfolgt" ist. Das Gewordene ist aber das Endergebnis einer Kausalreihe. Wie will man daher vom "Werden" abstrahieren, wenn das "Werden" gerade als das Wesentliche vom Recht vorausgesetzt wird? Somit erhält der vom Recht generell ge- und verbotene Erfolg seine Konkretisierung mit dem "Werden".-

Es handelt sich hierbei um eine natürlich-logische, nicht um eine juristische Erkenntnis. Daß man sie als Vorbild und Leitfaden für eine juristische Deduktion wählt, ist dagegen nicht nur nicht abzulehnen, sondern gerade zu verlangen. Engisch fordert die Rechtswissenschaft auf, sich vom "An-Sich-Denken" loszulösen, vom Denken in Teilaspekten[1]; er erstrebt eine ganzheitliche M e t h o d e[2]. Dieser Aufforderung

1) Idee der Konkretisierung, S.137.

2) a.a.O., S.131/132.

kommt man nach, indem man Verhalten und Erfolg miteinander in Relation setzt und dem Erfolg in § 823 I ein Verhalten vorgeschaltet sieht. Man hat von einer ganzheitlichen Betrachtungsmethode auszugehen.

Wenn dem Verhalten als demjenigen Teil des Gesamtvorganges, durch den der Erfolg herbeigeführt wurde, eine wesentliche Bedeutung zukommt, dann ist eine Abstraktion vom Verhalten, wie es eine Meinung im Zivilrecht vornimmt, unzulässig.

§ 2 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus der Sicht des § 823 I BGB

Die Ablehnung einer isolierten Erfolgsbetrachtung als Konsequenz der vorhergehenden Überlegungen bedeutet aber nichts anderes, als daß Erfolg und Verhalten eine Einheit bilden. Man muß an dieser Stelle auf die differenzierende Behandlung der Normen[1] zurückgreifen. Es ist auf die Darstellung des § 823 I als Ausgleichsnorm hinzuweisen. Wenn Handlung und Erfolg eine Einheit bilden, ragt der Erfolg als Verlängerung der Verhaltensnorm nicht in die Ausgleichsnorm des § 823 I hinein, so daß der Schadenserfolg gar nicht von § 823 I erfaßt werden würde. Vielmehr würde er herausfallen. Man könnte sagen, daß dies eine Rückkehr zu einer überholten Lehre sei, die Einhaltung der Situationsrechtsvorschriften werde nicht als Frage der Rechtswidrigkeit angesehen, sondern diese Handlungen aus dem Tatbestand herausgenommen. Genau das Gegenteil ist der Fall. Denn warum der Erfolg nicht unter § 823 I fällt, sagt nicht der Tatbestand aus, sondern wird erst im Rahmen der Bestimmung der Rechtswidrigkeit festgestellt.

Die aufgestellte These, daß Erfolg und Verhalten eine Einheit bilden, ergab sich als Konsequenz aus logischen Überlegungen, ohne Rücksicht auf § 823 I. Bewiesen ist bisher nur, daß der Schadenserfolg nicht von der Verhaltensnorm allein erfaßt wird. Die Erwartung geht aber dahin, daß das Verhalten nicht unter § 823 I fällt, weil es rechtsmäßig ist und rechtsmäßig bleibt, da die konkreten Situationsvorschriften Recht sind. Es könnte der Erfolg nur dann von § 823 I erfaßt werden, wenn § 823 I eine vom Verhalten abstrahierende Norm ist, wie es die herrschende Meinung annimmt. Das Problem konzentriert sich also auf die Frage, ob § 823 I an eine Handlung anknüpft. Für die Auslegung einer

---

1) vgl. S.91 - 93.

Norm ist allein maßgebend, ob der Tatbestand es auf die Handlung oder nur auf den Erfolg abstellt[1], w a s die der Norm zugrunde liegende Bewertung anspricht.

An zwei Punkten des Wortlauts von § 823 I ist anzusetzen.

1 Der Faktor Zeit (dynamische und statische Normen)

"Wer das Leben etc. eines anderen verletzt usw.---". Es sei als Musterbeispiel nur die Verletzung des Lebens angenommen. Was für dieses eine Rechtsgut gilt, besitzt auch Geltung für die anderen.- Die herrschende Meinung geht zutreffend davon aus, daß der von den Menschen kausal herbeigeführte Tod n i c h t für eine Bewertung in Betracht kommt. Denn § 823 I bringt nicht zum Ausdruck: 'Da der Tod rechtswidrig ist, den der Schädiger hervorruft, muß Ersatz geleistet werden'; ebenso kann nicht der Zustand des Todseins rechtswidrig sein. Doch begnügt sie sich, den Gegenstand ihrer Wertung auf den Tod, der eingetreten ist, und auf die Feststellung zu beschränken, daß ein Mensch die Ursache gesetzt hat. Wenn man aber formuliert, wie die herrschende Meinung vorgeht, so ist es der "Zustand des T ö t e n s". Dies aber ist eine contradictio in adiectu, da das Töten kein Zustand sondern ein Vorgang ist. Die Auslegung geht von zwei Momenten aus: Was für ein Rechtsgut ist verletzt? und: Was ist die Ursache? Sie vergleicht zwei Zustände, arbeitet also komparativ-statisch. Diese Betrachtung wird aber nicht der Lebensanschauung und nicht dem Wortlaut gerecht. Denn sie trägt dem Begriff der Z e i t keine Rechnung, der sich gerade in dem Wortlaut "Wer .. verletzt" niederschlägt.-

Dies bedarf einer näheren Darlegung. "Wer verletzt" bedeutet, wer eine Tätigkeit ausübt, die sich im Endergebnis als Verletzung darstellt. Das Endergebnis ist der Tod, der Gesamtvorgang ist eine Tötung. Damit wird auf das Verletzen als solches (das ist die Handlung) wie auf den durch die Verletzung hervorgerufenen Tod abgestellt. Das Wort "Verletzen" stellt auf einen Vorgang ab. Zwischen der Ursache und dem eingetretenen Erfolg steht die durchlaufende Handlung. Die sprachliche Wendung des § 823 I "Wer verletzt" sagt nicht allein etwas aus über den eingetretenen Erfolg, sondern verlangt auch eine Handlung. Sie drückt ein Tun aus und erfaßt die sich zum Erfolg hin entwickelnde Handlung. Dies bedeutet, daß man nicht zwei ruhende statische

---

1) Gallas, Stand der Lehre vom Verbrechen ZStW 67, S.39.

Punkte (ein absichtlich gewählter Pleonasmus) miteinander in Beziehung setzen darf, den Akteur und den durch ihn verursachten Erfolg. Vielmehr muß man auf eine Betrachtung des ganzen Geschehens abstellen. Die Norm ist so angelegt, daß man den Faktor "Zeit" mit berücksichtigen muß.[1] Man nimmt ihn in die Betrachtung hinein, wenn man das Gesamtgeschehen als Gegenstand der Rechtswidrigkeit ansieht. Die Zeit als absolute, das heißt meßbare Größe ist dabei nicht angesprochen. Vielmehr ist an eine Zeit gedacht, die jedem Geschehen zugeordnet ist, die wegen ihrer Existenz einem individuellen Vorgang einen bestimmten Charakter verleiht. Es handelt sich um die Zeit als relative Größe, die als Zeit-Einheit jedem Kausalitätsvorgang eine Klammer umlegt. Nimmt man den Faktor Zeit in die Analyse hinein, liegt eine dynamische Betrachtungsweise vor.

Es gibt zwei Arten von Normen. Normen enthalten notwendig den Faktor Zeit, wenn sie etwas vorschreiben, was g e s c h e h e n soll und was zu unterbleiben hat. Anders dagegen die Normen, die vorschreiben, daß etwas s e i n soll, beziehungsweise nicht sein soll; hier muß auf den Faktor Zeit verzichtet werden. Sie stellen es nur auf einen Zustand ab. Nach der herrschenden Meinung würde § 823 I eine rein s t a t i s c h e Norm darstellen, bei der der Erfolg abstrahiert vom Verhalten zu würdigen ist. Dies ist aber abzulehnen. Den Vertretern der Lehre, daß es rechtswidrige Zustände aus rechtmäßigem Verhalten gäbe, kann für den Fall zugestimmt werden, daß die Norm eine statische, eine vom Faktor Zeit abstrahierende Norm darstellt, wie es sich zum Beispiel bei der Norm des § 912 BGB (Überbau) verhält. Sobald aber ein Geschehen bewertet und bestimmt wird - - und bei § 823 I ist das notwendig, da nur durch ein Geschehen der Tatbestand verwirklicht werden kann, wie auch die Ausdrucksweise: "wer verletzt" zeigt - - ist von der Zeit nicht abzusehen. § 823 I, der ein Geschehen anspricht, stellt es damit auf das Verhalten ab und ist daher auch eine Verhaltensnorm, jedoch hebt sie sich von der Verhaltensnorm der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften dadurch ab, daß sie darüber hinaus noch den Ausgleich bezweckt. In ihrer Eigenschaft als Verhaltensnorm setzt sie eine Handlung voraus, so daß für sie Verhalten und Erfolg eine Einheit bilden; die Ausgleichsnorm und Verhaltensnorm sind einem

---

1) Andere Wissenschaften haben sich der Berücksichtigung der Zeit geöffnet und sind dadurch zu bedeutenden Erkenntnissen gekommen; es sei nur an das populärste Beispiel der Relativitätstheorie erinnert. Aber vgl. auch dazu Erich Schneider, Einführung in die Wirtschaftstheorie, 3 Bände, 1958 und 1959, Bd.2, S.262 ff.

gemeinsamen Oberbegriff unterzuordnen: Es handelt sich bei § 823 I und den konkretisierten Situationsrechtsvorschriften um d y n a m i s c h e Normen. Den Gegensatz dazu bilden die statischen Normen. Dynamik bedeutet Entwicklung, Entwicklung aber trägt die Zeit in sich[1].

2 Die Bedeutung des Wortes "widerrechtlich" in § 823 I BGB

Ein weiterer Ansatzpunkt für die Kritik und gleichzeitig der nachfolgende Schritt ist die Frage nach der Bedeutung des Wortes "widerrechtlich" in § 823 I.

Die herrschende Meinung ist sich über die Auslegung im Klaren: Dem Wort kommt nur die Bedeutung zu, daß es die selbstverständliche Aussage macht, die Rechtswidrigkeit könne durch einen Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen werden. Damit hat die herrschende Meinung die

---

1) Mit diesen Ausführungen wird die Zeit nicht erstmalig in der Literatur berücksichtigt. Es ist da auf den Naturwissenschaftler O s t w a l d (Blatt für vergleichende Rechtswissenschaften und Volkswirtschaftslehre 1909, S.173 ff. und "Forderung des Tages", 2.Aufl., 1911, S.391 ff.; ebenso: Warschauer in A.f.R. u. WSch. 10,352 f.) zu verweisen, der von der "Energetik" spricht und damit eine "energetische Betrachtung" des Rechts wollte, eine Behandlung der Rechtsvorgänge unter dem Gesichtspunkt ausgelöster Energie. In dieser Richtung fährt Rosenstock ("Vom Industrierecht", S.170 ff.) fort und kommt zur Dynamik der "Mächte" und der "Kräfte", wobei erstere sich entwickeln, letztere ruhen. Jedoch bedeutet bei Rosenstock die Dynamik und die damit in Zusammenhang gebrachte Zeit (a.a.O., S.118 ff., 122) etwas ganz anderes: Die Macht ist durch die Zeit aufgeschobene Kraft, wobei der Wille maßgebend ist. (Zur Kritik: Isay in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd.20, S.623 ff.; Bruns, JZ 1958, 385 ff.) Kräfte entwickeln sich, Mächte ruhen. Damit hat aber Rosenstock in ganz anderer Richtung, die nichts mit der vorliegenden außer den Ausdrücken gemeinsam hat, diese Begriffe entwickelt. Auch Engisch ("Weltbild", S.69 ff., 71 f.) hat den Zeitbegriff im Recht diskutiert. Er fragt, welche Rechtsinhaltsbegriffe als temporale infrage kommen. Es geht ihm um die in den normativen Begriffen bereits enthaltene Zeit, (a.a.O., S.89) die man vielleicht normative Zeit nennen könnte. An dieser Stelle dagegen wird die Zeit erst mit Rechtsbegriffen in Zusammenhang ge-

s.n.S.

Motive hinter sich[1].

Zwar hat eine absolut herrschende Meinung die Vermutung der Richtigkeit für sich, da anzunehmen ist, daß einer so starken Vielzahl von Autoren keine Momente entgangen sein können, die die Auslegung irgendwie in eine andere Richtung hätten lenken können. Doch ist dazu zu bemerken, daß in dem Augenblick, in dem ein neuer Gesichtspunkt, den die herrschende Meinung wegen seiner Neuheit noch nicht miteinbeziehen konnte, sich der Zwang zur Revision der herrschenden Meinung ergeben kann[2].

Wenn der Geschehensvorgang als von der Zeit geprägt angesehen wurde, so muß auch auch das Wort "widerrechtlich" wesentlich sein. "Widerrechtlich" fordert, daß der gesamte, durch die Zeit verklammerte Geschehensablauf mit dem Urteil der Rechtswidrigkeit zu belegen ist. Es heißt: "wer widerrechtlich verletzt"; dabei ist "widerrechtlich" ein Adverb zum Verb "verletzen". Es muß also nicht nur eine Verletzungshandlung, sondern eine r e c h t s w i d r i g e Verletzungshandlung vorliegen. Es ergibt sich die Frage, wann ein Erfolgsverhalten rechtswidrig ist. Die Handlung kann nur rechtswidrig sein, wenn Verhalten und Erfolg Unrecht darstellen. Der Zusatz des "widerrechtlich" ist die notwendige Begrenzung, um ein einer unzulässigen Generalklausel gleichkommendes Verletzungsverbot auszuschalten, das bedeutet: Handlungen sollen nur erfaßt werden, wenn sie rechtswidrig sind. Rechtswidrig können aber Handlungen nur sein, wenn sie entweder dem Bereich der Spontaneität entstammen oder wenn sie eine Verhaltensnorm verletzen.

So muß die Norm des § 823 I einschränkend ausgelegt werden. Während bei einer Nichtberücksichtigung des Verhaltens wegen der Indizierung der Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandsverwirklichung das Wort "widerrechtlich" überflüssig scheint, fordert die neue Auslegung, die

---

bracht.
Das Problem streift Engisch mit dem Hinweis auf die Tatsache, daß jedes menschliche Verhalten ein Zeitgebilde ist. Doch gibt er diesem Gedanken eine andere Wendung wegen der Erläuterung, daß es sich zum Beispiel um Leistungszeiten, Termine etc. handele.- Hier wird das Gesamtverhalten zwar als Zeitgebilde angesehen, aber nur insofern, als dieses menschliche Verhalten in der Zeit abläuft.

1) Schon Fischer, Rechtswidrigkeit, S.94; bis Enneccerus-Lehmann, 14.Aufl., 891; RGRK § 823 A 10; Soergel, § 823 A I 7.

2) vgl. Ernst von Hippel, Rechtstheorie 1955, S.92.

das Verhalten mit dem Erfolg verknüpft, eine Neubelebung in dem Sinne, daß der Richter auch über die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ins Klare kommen muß. Dieser Feststellung wird der Richter nicht enthoben wie bisher bei der Indizierung der Rechtswidrigkeit, weil diese nur beim Erfolgsunrecht zulässig ist.

Man kann daher die Aussage machen: § 823 I gilt wegen der Verklammerung von Handlung und Erfolg nur dann, wenn der Schadenserfolg auf einem rechtswidrigen Verhalten beruht.

Die gegebene Deduktion, die im Vorhergehenden nur auf Gedanken der allgemeinen Logik beruht, läßt sich in die Auslegung der Norm von § 823 I einbauen und findet im Wortlaut seine Bestätigung. Da § 823 I/ § 831 BGB es auf den Erfolg u n d das Verhalten abstellen, das Verhalten aber schon von der Verhaltensnorm geregelt ist, kann der Erfolg, der Schaden allein nicht mehr unter §§ 823, 831 BGB subsumiert werden.

§ 3 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus methodischer Betrachtung

Während sich in der vorhergehenden Darstellung aus der Norm des § 823 I BGB allgemein ergab, daß die Rechtmäßigkeit des V e r h a l t e n s für § 823 I bedeutend ist, soll diese Rolle des rechtmäßigen Verhaltens im Hinblick auf den Schadenserfolg noch näher beleuchtet werden.

1 Handlungstypik auf Grund einer (subjektiven) Kausalbeziehung

Zwei Fälle sind denkbar. Im ersten Fall soll von der Einhaltung der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften und dem trotzdem eingetretenen Schadenserfolg ausgegangen werden. Im zweiten Fall ist das Gegenteil gegeben. Der Schädiger hat die konkretisierten Situationsrechtsvorschriften nicht befolgt; dabei hat er eine Erfolgsvorstellung gehegt, sei es, daß er leichtsinnig handelt, sei es, daß er sogar willentlich den Schaden hervorruft[1]. Der Erfolg ist in beiden

1) Von einer strengen begrifflichen Untersuchung wird abgesehen und nicht gefragt, was zu den Begriffen "Vorsatz", "Fahrlässigkeit", "Schuld" etc. gehört.

Fällen der gleiche (zum Beispiel die Verletzung eines Passanten, der bei Rotlicht den Fußgängerweg benutzt). Jedoch unterscheiden sich beide Fälle im subjektiven Hergang. Im ersten ist das Verhalten von einer dem Erfolg abgeneigten Haltung getragen, das konkretisierte Situationsrecht ist eingehalten . Die Beachtung des konkretisierten Situationsrechts als Recht bedeutet, daß man sich zur Pflicht gemacht hat, diesen Situationsrechtsvorschriften zu entsprechen, sich also subjektiv ein Sollen auferlegt hat. Die Situationsrechtsvorschriften bezwecken doch gerade (wie zum Beispiel das Verkehrsrecht oder die Vorschriften beim Umgang mit gefahrbringenden Gegenständen) die Verhütung des Schadenserfolges.

Im zweiten Fall dagegen trägt das Verhalten den Schadenserfolg am Ansatz schon in sich, weil die Verhütungsvorschriften nicht befolgt werden. Daraus ergibt sich, daß das Verhalten im ersten Fall ein anderes ist als im zweiten. Das hat für den in beiden Variationen gleichen Erfolg folgende Bedeutung:

11 Die Bedeutung der Gesamtursache

Ausgangspunkt ist die Beziehung der Kausalität: Alles was zum Erfolg hinwirkt, was vor dem Erfolg steht, ist Ursache zum Erfolg. Es soll als G e s a m t u r s a c h e bezeichnet werden zum Unterschied von den Erfolgsbedingungen, die als Ursache angesehen werden[1]. Dieser Gesamtvorgang ist ein V o r g a n g, also eine Entwicklungsgröße[2]. Diese Gesamtursache entwickelt sich auf den Erfolg zu, und zwar nach einer physikalischen Gesetzmäßigkeit[3]. Die Zwischenstadien innerhalb der Gesamtursache interessieren hier.- Wenn man jedes Zwischenstadium zum Erfolg in Relation setzt, so stellt man fest, daß im Falle der Nichteinhaltung der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften jedes Zwischenstadium schon die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutsverletzung in sich trägt. Bei ihrer Beachtung ist die Möglichkeit der

---

1) Vgl. Leonhard, "Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung" 1946, S.25 ff., 40, 45, 47 ff., 63; zur Kritik: Engisch, "Weltbild", S.113, Note 246.- Bei Leonhard ist Ursache das Zwischenstück zwischen Anfangslage und Enderfolg, das den Verlauf von "a bis z" erklärt, deckt sich also mit der hier gegebenen Erklärung der Gesamtursache.

2) Es wird jetzt nicht auf ein Handlungsproblem abgestellt, da Gegenstand dieser Betrachtung nicht die Handlung sondern die Verknüpfung von Handlung und Erfolg ist.

3) Engisch, "Weltbild", S.113, Note 246.

Erfolgsverursachung nicht erhöht worden. Bei Nichtbeachtung verläuft der Gesamtvorgang gleichsam harmonisch; es ergibt sich eine K o n t i n u i t ä t in der Entwicklung und im Hinblick auf den Erfolg. Eine T y p i k ist vorhanden. Im anderen Fall dagegen liegt Atypik vor.

12 Das subjektive Element der Gesamtursache

Die "harmonische" Verknüpfung zwischen Gesamtursache und Erfolg ist jedoch erst dann anzunehmen, wenn eine positive Einstellung zum etwaigen Schadenserfolg beim Handelnden vorliegt. Die Erfolgsvorstellung bildet aber einen subjektiven Faktor. Das Indiz für Kontinuität ist in der subjektiven Seite zu suchen. Erst die Übereinstimmung von objektivem Verhalten und subjektivem Begleitmoment ergibt einen kontinuierlichen Geschehensablauf bis zum Schadenserfolg hin.-

Anders ist dagegen die Situation bei der Person, die sich rechtmäßig verhält. Hier resultiert der Schadenserfolg n i c h t aus einer Verhaltensweise, die in objektiver und subjektiver Hinsicht auf den Schadenserfolg hindeutet; D i s k o n t i n u i e r l i c h k e i t liegt vor. Dies bedeutet, daß der Erfolg, da das Verhalten nicht bloß objektiv nach dem Geschehensablauf zu beurteilen ist sondern seinen individuellen Akzent durch die geistig-seelische Einstellung erhält, auch nicht nur als Ergebnis einer nur objektiven Handlung gesehen werden darf, sondern als solches das Zusammenwirken eines von subjektiven und objektiven Momenten geprägten Verhaltens ist. Durch das Verhalten wird der Erfolg erst ins rechte Licht gerückt. Nur äußerlich ist die Rechtsgutsverletzung im Fall der Einhaltung und im Fall der Nichtbeachtung des konkretisierten Situationsrechts als g l e i c h anzusehen. In Wirklichkeit liegen z w e i verschiedene Erfolge vor.

Mit dieser Betrachtung wird also nicht nur eine Verknüpfung zwischen Ursache und Erfolg in objektiver Beziehung hergestellt, wie es die Aequivalenztheorie oder die Adäquanztheorie tut[1]; vielmehr ist es

---

1) Auf spezielle Formulierungen, Abweichungen und Verbesserungen der Kausaltheorien soll nicht eingegangen werden. Es sei nur auf folgende Darstellungen verwiesen: Bindings Gleichgewichtstheorie (Normen I 46); Traegers Theorie vom generell begünstigenden Umstand (Der Kausalbegriff, S.159); vgl. statt aller Engisch, "Kausalität", 13 ff., 44 ff.; "Weltbild" 130 und seine Adäquitätstheorie. Ferner RG 152 402, BGH NJW 52 1010 und Kritik Kirchberger, NJW 52 1000.

ihr Anliegen, eine Verknüpfung des Verhaltens und des Erfolges auch nach der subjektiven Seite hin zu erreichen.

2 Der Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit als Ergebnis

Das Ergebnis ist: Während im Falle der Nichtbefolgung der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften der Schadenserfolg mit dem Verhalten eine Einheit bildet, stellt er sich bei Beachtung der Situationsrechtsvorschriften als "Anhängsel" dar. Der Schadenserfolg, der von einer die Schadensverhütung bezweckenden Verhaltensnorm nicht voll erfaßt wird, kann nicht in die Ausgleichsnorm des § 823 I/§ 831 BGB hineinragen.

Die hier angestellte Prüfung stellt nichts anderes dar als eine Verneinung einer Haftungsbegründung beziehungsweise Haftungsausfüllung[1] im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung. Das rechtmäßige Verhalten (Einhaltung der Verhaltensvorschriften) ist nicht als ausreichender Rechtsgrund für eine Haftung anzusehen. Damit haben wir es mit einer erweiterten Kausalitätsuntersuchung zu tun. Hierin zeigt sich die enge Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Feststellung der Rechtswidrigkeit kommt nicht ohne eine Kausalitätsuntersuchung aus, und auch der Tatbestand erhält eine neue Wertung.

Wegen dieser engen Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit ist eine Verschmelzung von beiden Begriffen vorzunehmen, wie es Sauer[2] und Mezger[3] getan haben. Auch Welzels Lehre vom "offenen Tatbestand" bildet dazu einen Ansatz. Die Belingsche Trennung[4] in Tatbestand und Rechtswidrigkeit ist dagegen nicht brauchbar[5], wie sie,

---

1) Enneccerus-Lehmann, S.54, 56.

2) Allgemeines Strafrecht, L 1949, S.54, 56.

3) StuB I 88; LK Bem.9 vor § 51.

4) Die Lehre vom Verbrechen, 23 ff., 117, 120, 136.

5) Es soll nicht auf die dogmatische Entwicklung und die Polemik des Tatbestandsbegriffes eingegangen werden, weil dies zu weit führen würde. Vgl. Welzel, Strafrecht, S.42 ff.; Dohna zuletzt ("Aufbau der Verbrechenslehre") kommt unserer Ansicht näher. Der Tatbestand sei geschaffen, um Recht vom Unrecht zu trennen, und enthalte daher implicite die Rechtswidrigkeit.

entsprechend der herrschenden Lehre im Zivilrecht[1], stillschweigend zur Grundlage der bisherigen Erörterung gemacht worden ist.

Es ist gar nicht möglich, im Rahmen des Tatbestands eine Wertung auszuschließen. Auch die herrschende Meinung nimmt innerhalb des Tatbestands eine Wertung vor, wenn sie die Kausalität prüft. Dann handelt es sich nicht um logisch-philosophische Kausalität. Ihr wird sozusagen mit der Forderung nach Adäquanz eine Wendung[2] gegeben. Der Richter kann Adäquanz nur bejahen, wenn er w e r t e n d tätig wird. Ferner - und dies ist das Hauptargument - stellt der Tatbestand selbst eine Wertung dar, er ist nichts anderes als "vertyptes Unrecht", wie Mezger und Sauer es ausdrücken; der Tatbestand ist der Real- und Geltungsgrund allen Unrechts; Tatbestandsverwirklichung und Unrecht sind identisch.

In Konsequenz der im vorhergehenden Paragraphen gemachten Ausführungen muß man sich der Meinung, daß Tatbestand und Rechtswidrigkeit identisch sind, anschließen. Aus der Neubelebung des Wörtchens "widerrechtlich" in §§ 823 I, 831 BGB und wegen der Existenz des Bereichs der Spontaneität kann nur der gesamte Geschehensablauf als eine r e c h t s w i d r i g e Handlung angesprochen werden[3] [4].

Werden Tatbestand und Rechtswidrigkeit zusammengefaßt, ist man nicht auf die Fiktion angewiesen, die die herrschende Lehre benötigt, um die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes zu zeigen: Nach der herrschenden Meinung wird bei einer Tatbestandsverwirklichung die Rechtswidrigkeit erst indiziert und gleichsam nachträglich bei einer Existenz eines Rechtfertigungsgrundes wieder aufgehoben. Das beruht darauf,

---

1) Enneccerus-Nipperdey, § 136 I (Verweis a. Regelsberger, § 118 I); Esser, Schuldrecht, §§ 76, 312; Larenz, Lb d. SchR I, § 65.

2) Engisch, "Weltbild", S.120.

3) Welzels Kritik in "Dt.Strafrecht", 44, S.15, Maurachs Ansicht (StrR AT, S.229 ff.) vermag gegenüber Gesichtspunkten wie der Spontaneität und der Auslegung bezüglich §§ 823 I/831 BGB nicht zu überzeugen.

4) Da hier eine Verschmelzung zwischen Rechtswidrigkeit und Tatbestand angestrebt wird, um darin besser die Rechtswidrigkeit des Verhaltens und des Erfolges wegen ihrer Verbundenheit zum Ausdruck bringen zu können, würde die Bezeichnung "Rechtswidrigkeit-Zusammenhang" passen, wenn nicht dieser Begriff als terminus technicus bereits in der Literatur für den Zusammenhang zwischen dem Eingriff und der Person des Verletzten verwandt würde. Vgl. Traeger, "Kausal-

s.n.S.

daß sie methodisch die unerlaubte Handlung streng in Tatbestand und Rechtswidrigkeit trennt.

Ein anderes ergibt sich hier:
Besteht ein Rechtfertigungsgrund, so fällt die Handlung aus dem Tatbestand heraus, weil die Handlung nicht widerrechtlich ist.

§ 4 Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten aus der Rechtsordnung

Die bisherige Darstellung[1] gibt lediglich die Gründe an, weshalb ein trotz rechtmäßigen Verhaltens herbeigeführter Erfolg nicht nach § 823 I mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit belegt werden kann, warum also der Erfolg n i c h t widerrechtlich ist. Aber es steht noch die Antwort auf die Frage aus, warum der Erfolg nicht rechtswidrig sei, das heißt vor allem, ob ein E i n g r i f f s r e c h t besteht. Ein Eingriffsrecht kann noch nicht daraus abgeleitet werden, daß die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, ob ein Eingriffsrecht besteht, kann erst eine weitere Auslegung ermitteln[2]. Ein Eingriffsrecht liegt nur vor, wenn der Eingriff positiv gestattet ist[3].

1 Das Problem verschiedener "Rechtmäßigkeiten"

Ausgangspunkt ist die Feststellung, daß der Schädiger nach den konkretisierten Situationsrechtsvorschriften sich rechtmäßig verhalten hat. Kommt man dennoch dazu, daß der trotz dieses rechtmäßigen Verhaltens herbeigeführte Erfolg rechtswidrig ist, so ist mit dem Verletzer zu fragen: Wenn er sich rechtmäßig verhielt, dennoch aber einen rechtswidrigen Erfolg herbeigeführt hat, wie hätte er sich dann verhalten sollen? Dies zieht konsequenterweise die Frage nach sich, ob der Schädiger sein Verhalten noch "rechtmäßiger" hätte einrichten sollen, um die Verletzung zu vermeiden. Die Bejahung dieser Frage würde ergeben,

---

begriff", S.384 ff.; Esser, SchR, § 312/313; Nipperdey in Enneccerus, § 216 III; Hueck in Festschr. f. Herschel, 1955, S.37.

1) vgl. S.98.

2) vgl. Fischer, "Rechtswidrigkeit", S.292.

3) vgl. Esser, SchR, § 313.

daß es zwei Stufen der Rechtmäßigkeit gibt. Die untere Stufe würde dasjenige rechtmäßige Verhalten bilden, das rechtswidrige Erfolge herbeiführen kann. Die obere Stufe läge dann vor, wenn kein rechtswidriger Erfolg durch das (rechtmäßige) Verhalten des Verletzers eingetreten ist. Das Ergebnis wäre eine steigerungsfähige Rechtmäßigkeit. Das ist aber paradox. Es kann nicht verschiedene Rechtmäßigkeiten geben. Daher sind zwei Rechtmäßigkeiten nicht denkbar; es existieren wohl verschiedene Variationen e i n e r, nämlich d e r Rechtmäßigkeit; doch handelt es sich immer nur um eine einzige Kategorie. Also muß man dem Verletzer die Antwort geben, daß er genau so gehandelt hat, wie das Recht es von ihm verlangt, der Erfolg jedoch, der auf seinem rechtmäßigen Verhalten basiert, vom Recht nicht gebilligt werden kann. Die herrschende Meinung müßte sie eigentlich geben. Hier wird jedoch eine andere Antwort gesucht, weil die herrschende Meinung nicht mit unserem Rechtssystem übereinstimmt.

Unsere Rechtsordnung kennt keinen Generaltatbestand des Deliktsrechts. "Der Mensch handele so, daß er kein Rechtsgut verletzt". Auch die von der Akademie für Deutsches Recht vorgeschlagene Generalklausel [1] anstelle der Einzeltatbestände des Deliktsrechts nimmt Bezug auf die Rechtswidrigkeit. Diese sollte gegeben sein bei Verstößen "gegen anerkannte Grundsätze des völkischen Zusammenlebens". Dabei wird nichts anderes als das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit angesprochen, da man fragen muß: von wem anerkannt? - Aus gutem Grund begnügte sich der Reformentwurf nicht mit der Aufstellung einer Norm, die einem Generaltatbestand gleichkommt. Denn ohne eine positive Bezugnahme auf die Rechtswidrigkeit würde der Generaltatbestand ein generelles Handlungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt zugunsten eines nur eventuell unschädlichen Verhaltens darstellen. Sie würde das alltägliche Leben mit seinen Vorgängen im Bereich der Spontaneität unter den Vorbehalt einer etwaigen Rechtsgutsverletzung stellen, so daß - um es plastisch auszudrücken, diese Klausel als Damoklesschwert ständig über den Handlungen drohte. Der Bereich der Spontaneität für die freien, rechtlich ungeregelten spontanen Handlungen wäre aufge-

---

1) (I) Die vorsätzliche oder fahrlässige rechtswidrige Schädigung eines anderen verpflichtet zum Schadenersatz.
(II) Rechtswidrig ist eine Handlung oder Unterlassung dann, wenn sie gegen eine von der Rechtsordnung aufgestellte Verpflichtung verstößt, die den Schutz der Persönlichkeit oder des Vermögens des Geschädigten bezweckt.
(III) Rechtswidrig handelt immer, wer gröblich gegen die anerkannten Grundsätze des völkischen Zusammenlebens verstößt.

hoben und damit die menschliche Aktivität gelähmt. Das Recht verlangt nur Menschenmögliches, nichts Übermenschliches. Das Recht existiert nicht um seiner selbst willen, sondern ist aus der Gemeinschaft entstanden und wegen seiner Ordnungsfunktion für die Gemeinschaft da. Der Gesetzgeber wendet sich an die Menschen[1]. "Ein Verhalten, das nicht real möglich ist zu gebieten, ist paradox"[2]. Die Forderung einer Konkretisierung ergibt sich darin, daß der Normadressat das Recht befolgen könne, ohne daß es ihm zu schwer ist. Die Norm hat, da das Verbotensein die Ausnahme im Ablauf des Lebens darstellt, konkret zu sein oder muß zumindest in der Auslegung konkretisiert werden können.

2 Ausfüllung des § 823 I BGB durch ergänzende Normauslegung

Die Aufzeigung dieses Zustandes ist die Konsequenz aus der von der herrschenden Meinung gegebenen Antwort. § 823 I besteht ohne nähere Kennzeichnung des Verhaltens, das zum Schadenserfolg geführt hat. Daneben existieren andere Rechtsregeln, die, Normen anderer Rechtsgebiete, den § 823 I ergänzen können. Eine solche Ergänzung ergibt sich zunächst einmal aus dem G r u n d r e c h t d e s A r t. 2 I G G, der die freie Entfaltung der Persönlichkeit garantiert. Die freie Entfaltung ist aber gehindert, wenn eine derartige Allgemeinbeschränkung im Recht läge. Allerdings besteht dieses Grundrecht unter dem Vorbehalt, daß die freie Personenentfaltung nicht Recht anderer verletzt - - Damit scheint eigentlich ein Argument f ü r statt gegen die herrschende Meinung angeführt zu sein, weil eben die Entfaltung dort aufhört, wo das Erfolgsunrecht des § 823 I gegeben ist. Aber das geht nur, wenn man das Grundrecht in der Hinsicht betrachtet, als es sich an den Staatsbürger richtet und ihm eine Handlungsfreiheit einräumt. Es soll jedoch in einer anderen Sicht gesehen werden, ohne dabei eine uneingeschränkte Handlungsfreiheit auf Kosten jeder Rechtsgutsverletzung des anderen auch nur angedeutet wissen zu wollen. Vielmehr wird das Grundrecht in seiner bestehenden Staatsgerichtsheit betrachtet. Nach Art. 1 III GG wendet sich Art. 2 I GG auch an die Rechtsprechung, und zwar mit der Aufforderung, immer im Auge zu behalten, daß der Staatsbürger in seiner Handlungsfreiheit nicht durch

---

1) So Binding I, 139; Ferneck I, 50; Fischer, 24; Sauer, Grundlagen, 182; Engisch, Idee, 93; Larenz II 326, Enneccerus-Nipperdey II 912.

2) Engisch, Idee, S.93.

abstrakte, den Bereich der Spontaneität berührenden Normen ohne rechtfertigenden Grund eingeschränkt wird. Diesem Gebot des Art. 2 I GG/ Art. 1 III GG widerspricht es, wenn man alles Handeln als durch § 823 I verboten ansieht, sofern nur ein Rechtsgut verletzt wird. Mit anderen Worten: Eine Generalklausel, die ein Verletzungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt darstellt, ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Man darf daher den § 823 I BGB nicht so auslegen, daß man zu einer solchen Klausel kommt. § 823 I muß wegen Art. 1 III/Art. 2 I GG so ausgelegt werden, daß die Norm die Individualität des Staatsbürgers respektiert und fördert.

§ 823 I stammt aus einer Zeit, als der Schutz der Rechtsgüter im Vordergrund stand, der Mensch in seiner Eigenschaft als Mitglied der Gemeinschaft ins Hintertreffen geriet[1]. Die Eigentumsauffassung zur Zeit der Schaffung des BGB ist inzwischen fallengelassen worden, man ist zu seiner Sozialgebundenheit[2] gekommen. Wenn das Eigentum als das Vollrecht eingeschränkt worden ist, so erst recht die Teilrechte. Auch das Persönlichkeitsrecht, das neuerdings gemäß Art. 2 I GG unter § 823 I BGB fällt, steht gerade wegen Art. 2 GG unter dem Vorbehalt der Personenentfaltung anderer. Denn jedes Mitglied der ganzen Rechtsgemeinschaft darf seine Persönlichkeit entfalten. Auch hier besteht eine Sozialgebundenheit durch das Entfaltungsrecht aller. Wenn § 823 I BGB Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht ersatzpflichtig sein läßt, so muß umgekehrt der Art. 2 GG auch die Persönlichkeit des Verletzers, des Schädigers schützen. Dies bedeutet, daß nicht (mehr) einseitig das verletzte Rechtsgut in die Wagschale zu werfen ist, sondern auch das Interesse des Verletzers zu berücksichtigen ist. Für die Schöpfer des BGB wog der Eingriff in die Rechtsgütersphäre so schwer, daß sie gänzlich vom Schädiger absahen (im Bereich von Tatbestand - Rechtswidrigkeit).

Gegen das hier vorgetragene Hineinrücken des Schädigers ins Blickfeld könnte man einwenden, man setze das Individualinteresse des Schädigers zu hoch ein im Verhältnis zu dem des Geschädigten. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß hinter dem Geschädigten das Gemeinschaftsinteresse steht. Sie will, wenn sich ihr Mitglied nach den von ihr aufgestellten konkretisierten Situationsrechtsvorschriften richtet, bei deren Befolgung auch das Urteil der Rechtmäßigkeit durchgesetzt wissen. Dies entspricht der neuen Staatsauffassung, die sich in Art. 2 I GG

---

1) Welzel, Das deutsche Strafrecht, S.28 ff.

2) vgl. Westermann, Sachenrecht, 111 ff.

manifestiert hat und die Berücksichtigung der Person, also auch des Persönlichkeitsverhaltens verlangt. Das Persönlichkeitsverhalten, das bisher im Rahmen des § 823 I aus der Betrachtung fiel, erhält seine geforderte Berücksichtigung durch die Einbeziehung in die Norm.

3 Die Stellungnahme der Literatur zu dieser Frage

Schon Hegeler[1] und ähnlich Sauer[2] haben darauf hingewiesen, daß die Auffassung von der Rechtswidrigkeit in jeder historischen Periode wechseln kann, wobei Maßstab jeweils die Staatsaufgabe mit ihrem individuellen Schutzzweck ist. Eine Staatsaufgabe dokumentiert sich aber am ehesten in der Verfassung. Hegeler will eine materielle Rechtswidrigkeit anerkannt wissen, die sich aus den Normen des positiven Rechts ergibt. Ebenso fordert Ernst von Hippel[3] nicht so sehr eine Auslegung im Geiste einer Gerechtigkeit im engeren Sinne als vielmehr im Geiste des "Gemeinschaftswertvollen". Auch Engisch "Prinzip des gedanklichen Inhalts der Rechtsordnung im übrigen"[4] läuft auf eine ähnliche Normenkorrektur hinaus. Die Idee der materiellen Rechtswidrigkeit, die aus der Gesamtrechtsordnung eine neue Wertfeststellung erstrebt, ergibt die Berichtigung oder Abänderung des formellen Unrechts. Damit wird so im Ergebnis auf eine materielle Rechtswidrigkeit zurückgegriffen, aber sie dient nicht als Einbruchstelle außerrechtlicher Anschauungen.

Das Resultat ist, daß das Verhalten des Verletzers auf Grund unserer Gesamtrechtsordnung zu beachten ist. Gerade das Gegenteil liegt aber vor, wenn man dem Schädiger die oben angeführte Antwort geben wollte, daß er sich rechtmäßig verhalten hat, dennoch aber der Erfolg rechtswidrig bezeichnet werden muß. Dem Geschädigten kann im Hinblick auf dieses Ergebnis von der Rechtsordnung nur das hart klingende, vielgebrauchte[5] Wort des Pompeius entgegengehalten werden: "Navigare necesse est, vivere non necesse est." Es liegt im Sinne des Schadens-

---

1) "Subjektive Rechtswidrigkeits-Momente", S.271, Note 2 in Festschrift f. Frank I, 1930.
2) Allgemeine Strafrechtslehre 1949, S.26.
3) Einführung in die Rechtstheorie, S.136,
4) Die Einheit der Rechtsordnung 1935, S.73.
5) vgl. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 98 ff., Hellmuth Mayer, Str AT, S.186; Wahlspruch der Hanse im Stalhof in London, 1300.

ersatzrechts Zufall vor[1].

Vielmehr muß man dem Schädiger sagen: Da er sich rechtmäßig verhalten hat, konnte die Rechtsordnung auch nichts anderes von ihm verlangen, und der Erfolg ist rechtmäßig, weil die Rechtsordnung dies inkauf nehmen muß.

Damit dürfte Stolls schwerwiegender Einwand[2] gegen das Verhaltensunrecht, das Rechtssystem des BGB insbesondere des Deliktsrechts kenne nur den sachverhaltsbezogenen Unrechtsbegriff, widerlegt sein. Der Wortlaut des BGB hat sich seit Erlaß in dieser Vorschrift nicht geändert. Doch hat sein Sinn einen Wandel erfahren.

§ 5 Weitere Begründung, aber auch Einschränkung des gefundenen Prinzips

1 Weitere Begründung

Aus der vorhergehenden Untersuchung hat sich ergeben, daß der nach den Sozialrechtsvorschriften Handelnde ein Recht zum "Sich-so-Verhalten" hat. Denn wenn die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten auferlegt ist, ist dem Schädiger auch gegenüber anderen das Recht verliehen, sich so zu verhalten. (Eine Umkehrung dieses Satzes ist nicht möglich).[3]

Die Ausübung eines Rechts wird durch den jeweiligen Inhalt des Rechts bestimmt. Lehnt man ein Eingriffsrecht auf Grund des Rechts zum "Sich-so-Verhalten" ab, so versagt man dem Handelnden die Verwirklichung des Rechtsinhalts[4], weil die Ausübung des Rechts unter Umständen zur Verletzung und damit zur Haftung führt. Man behauptet damit die Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Eine Rechtsausübung ist jedoch

---

1) Es soll darauf aufmerksam gemacht werden, daß das Wort "Zufall" kein geeigneter Begriff ist, um ein Eingriffsrecht anzuzeigen; "Zufall" ist eher ein Ausdruck für nicht vorhandene Kausalität.

2) Stoll, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 58 137.

3) Hierauf wies besonders Rosenstock hin, a.a.O., der eine Korrespondierung schlechthin verneint.

4) Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., S.1437.

nur in den gesetzlich festgelegten oder von der Rechtsprechung entwickelten Fällen (§§ 826, 226, 242 BGB) unzulässig.

Sobald aber ein Grund zulässiger Rechtsausübung gegeben ist,ist diese Rechtsausübung zulässig. Daher muß dem nach den konkretisierten Situationsrechtsvorschriften Handelnden ein Eingriffsrecht gewährt sein. "Dadurch, daß die Rechtsordnung dem einzelnen ein subjektives Recht verleiht, spricht sie aus, daß im Widerstreit der menschlichen Interessen das durch dieses Recht geschützte Interesse obsiegen soll. Es versteht sich also von selbst, daß die Rechtsausübung in aller Regel auch dann erlaubt sein muß, wenn sie fremde Interessen verletzt."[1]

2 Die Grenzziehung

Der Umfang dieses Eingriffsrechts bedarf jedoch einer genauen Begrenzung, damit die nach den konkretisierten Situationsrechtsvorschriften eingeräumten Eingriffsrechte nicht mißbräuchlich ausgeübt werden.

Die Schranken einer Rechtsausübung ergeben sich durch den Inhalt des Rechts (sogenannte Innentheorie). Der Inhalt eines Rechts geht so weit, wie Treu und Glauben und die guten Sitten es gestatten[2].

Die spezielle Verhaltensweise steht daher unter dem Vorbehalt der §§ 226, 242, 826 BGB. Die Grundgedanken, die in diesen Normen enthalten sind, vermögen Widersprüche zu beheben, die sich im Zusammenhang mit der Lehre von der Sozialadäquanz ergeben könnten.

21 § 226 BGB

Nach § 226 BGB ist jede Rechtsausübung unzulässig, die nur den Zweck der Schadenzufügung verfolgen kann. Man darf daher dem Handelnden kein Eingriffsrecht gewähren, falls unmittelbare Schadens a b s i c h t gegeben ist; der Handelnde hat dann kein Interesse, das als schutzwürdig anzuerkennen ist.

Die (subjektive) Zwecksetzung des Handelns entscheidet darüber, wann das Handeln als rechtswidrig anzusehen ist[3]. Eine Hilfe zur Erkenntnis des subjektiven Tatbestandes bietet die Orientierung am Handlungsverlauf: eine Handlung wird verlangt, bei der jeder Zweifel entfällt, daß die Handlung einen anderen als schädigenden Zweck verfolgt. ("...verfolgen k a n n").

---

1) Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., S.1439/1440.

2) Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., S.1442.

3) vgl. dazu ebenso Beling, die Lehre vom Verbrechen, S.142.

So läßt sich das bisher ausgelassene Beispiel, das von vielen Autoren als Ablehnungsgrund der Sozialadäquanz galt, lösen. Es geht dabei um die Widersinnigkeit, dasjenige Handeln auf Grund der Einhaltung der Situationsrechtsvorschriften als rechtmäßig zu bezeichnen, das vorsätzlich ein Rechtsgut mit unmittelbarer Schadensabsicht verletzt[1].

Wie dürfte der Autofahrer rechtmäßig handeln, wenn er den leichtsinnigen, die Verkehrsregeln nicht beachtenden Fußgänger überfährt, um ihm einen "Denkzettel" zu geben.

Und dennoch kann dies die Konsequenz der Lehre von der Sozialadäquanz sein, weil wegen des Aufbaues der unerlaubten Handlung der Vorsatz als Schuldform erst nach der Rechtswidrigkeit untersucht werden kann. Dem Autofahrer ist eine Berufung auf die Einhaltung des konkretisierten Situationsrechts wegen § 226 BGB versagt.

22 Die Norm des § 826 BGB

§ 826 BGB bestimmt, daß eine Rechtsausübung, die, mit dolus directus (=Absicht) vorgenommen, gegen die guten Sitten verstößt, rechtswidrig ist. § 826 BGB trug in seiner Fassung im Entwurf den Zusatz "...durch Handlungen, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt". Dieser Zusatz ist jedoch gestrichen, weil auch Handlungen erfaßt werden sollen, die in Ausübung eines zustehenden Rechts vorgenommen werden. Daraus ergibt sich der Charakter des § 826 als eines Schutzes gegen Rechtsausübung, die wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht zulässig ist. § 826 ist jedoch nicht unmittelbar, wie es scheinen mag, für den Fall der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften anzuwenden, weil auch im Rahmen der Rechtswidrigkeit von § 826 die konkretisierten Situationsrechtsvorschriften Bedeutung

---

1) Man könnte einwenden, daß für den Fall des Straßenverkehrsrechts immerhin § 1 StVO das Problem gar nicht aufkommen läßt. Hier ist aber zu bedenken, daß § 1 das Problem aufweist, ob er vielleicht n u r diejenigen Verhaltensweisen treffen will, die das Verkehrsrecht nicht im voraus regeln konnte. Ferner gilt für § 1 genau dieselbe Einschränkung wie für § 823 I BGB: Er kann nicht den Raum der Spontaneität voll und ganz reglementieren; wenn er auch jede Handlung unterbinden will, die eine Rechtsgutsverletzung herbeiführen kann, so ist dennoch nur immer eine r e c h t s w i d r i g e gemeint.

gewinnen können und damit Rechtmäßigkeit und die Sittenwidrigkeit als einem gesteigerten Grad der Rechtswidrigkeit gegenüberstünde. Dies würde zu neuerlichen Schwierigkeiten führen. Ferner will § 826 BGB genau wie §§ 823, 831 BGB Handlungen aus dem Raum der Spontaneität erfassen. Daher ist der Grundgedanke von § 826 BGB nur mittelbar anzuwenden, so daß § 826 eine nicht so bedeutende Rolle zukommt.

23 Die Bestimmung des § 242 BGB

Die eigentliche Grenzziehung gewährt § 242 BGB. Er regelt nicht einen besonders krassen Fall wie § 226. Es besteht keine allgemeine Pflicht, von der Ausübung eines Rechts abzusehen, wenn sie den anderen schädigt[1]. § 242 BGB beschränkt sich nicht auf die vorsätzliche unzulässige Rechtsausübung sondern enthält eine allgemeinere Abgrenzung.

Nach W i e a c k e r[2] hat § 242 eine dreifache Funktionsschichtung. Die Funktion ergibt sich je nach der Anwendungsart durch den Richter. Die erste Funktion (sinngemäße Konkretisierung des gesetzlichen Ordnungs- und Bewertungsplans) und die dritte Funktion (Rechtsneubildung) interessieren hier weniger. Von besonderer Bedeutung ist dagegen die von Wieacker herausgestellte zweite Funktion[3], die er allgemein dem Begriff "exceptio doli" gleichsetzt. Die zweite Funktion befaßt sich mit der Unzulässigkeit eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens. Gegenstand der zweiten Funktion ist erstens der offensichtliche Rechtsmißbrauch, zweitens der unredliche Erwerb eines Rechts (exceptio doli specialis) und drittens das venire contra factum proprium.

In allen Fällen liegt ein unzulässiger Rechtsgebrauch vor. Nach Wieacker[4] bedeuten Treu und Glauben hier eine Öffnung des Rechts nach der sozialethischen Seite hin, weil "die soziale Grenze der Rechtsausübung dort erreicht ist, wo sie die elementare Menschenwürde des anderen verletzt".[5]

---

1) so für das Vertragsrecht BGH 19, 72; BGB RGRK 1960 zu § 242 A 127, Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., 1439 ff.

2) Wieacker, zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, ferner auch Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., S.1443 ff.

3) a.a.O., S.34.

4) a.a.O., S.34 ff.

5) Wieacker ist allerdings in diesem Punkt entgegenzuhalten, daß die Ausfüllung des § 242 BGB nicht von der sozialethischen Ordnung unmittelbar erfolgt, sondern über Art.1, Absatz 1 GG. Diese Vorschrift bindet den Richter bei der Gesetzesauslegung des § 242 und verweist ihn auf die sozialethische Ordnung.

Zur Feststellung der Grenze wendet Wieacker ein negatives Ermittlungsverfahren an, indem er den Richter anweist, die "typische Interessenbewertung gerade von hinlänglich loyalen Rechtsgenossen zu gebieten".[1] Der Richter müsse sein Augenmerk auf den persönlichen G e s i n n u n g s m a n g e l richten. Dem ist zu folgen: Hierin zeigt sich eine Tendenz, daß subjektive Elemte das Rechtswidrigkeitsurteil begründen können.

So läßt sich der Fall klären, bei dem der Boxer eine versteckte Möglichkeit sieht, mit einem eventuell tödlichen Schlag den Gegner im Kampf zu besiegen, dabei aber die vom Boxverband aufgestellten Regeln über den "fairen Kampf" einhält.

Er will die Verletzung des Gegners, um den Kampf zu gewinnen. Seine Verletzungsabsicht besteht nicht allein aus dem Grunde, dem Partner Schaden zuzufügen, so daß die Anwendung des § 226 BGB sich versagt. Aus § 242 BGB folgt, daß dem Boxer kein Eingriffsrecht zuzubilligen ist, obwohl er die Situationsrechtsvorschriften einhält.

Auch der Fall des wilden Streiks läßt sich mit § 242 BGB lösen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, daß § 826 BGB[2] anzuwenden sei. Hierbei ergibt sich jedoch die Schwierigkeit, den direkten Vorsatz (=Absicht), der die gesamten Schadensfolgen mitumgreifen muß[3], zu ermitteln.

Daneben steht das Problem, warum der "normale" Streik gerechtfertigt ist. Man müßte wiederum den gerechtfertigten Streik vom sittenwidrigen Streik abgrenzen. Man würde die "Wildheit" des Streiks mit Sittenwidrigkeit identifizieren müssen.- Zu einem befriedigenden Ergebnis kommt man dagegen, wenn man wegen Einhaltung der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften den Eingriff durch den Streik als gerechtfertigt ansieht. Die Überschreitung der Situationsrechtsvorschriften oder das subjektive Element[4] begründen die Rechtswidrigkeit des Eingriffs.

Sind die Grenzen nicht überschritten, so ist dem Handelnden das Eingriffsrecht unbeschadet eines entgegenstehenden Interesses zu gewähren.

---

1) a.a.O., S.35.

2) vgl. Hueck-Nipperdey, § 49.

3) Palandt, § 826 A 3a

4) das "inciviliter agere", Wieacker, a.a.O., S.34.

§ 6 Ergebnis und Verwendung des gewonnenen Prinzips

1 Ergebnis

Die logische Verknüpfung von Erfolg und Verhalten (§ 1), auf die Norm des § 823 I angewandt (§ 2), ergibt ein Eingriffsrecht aus der Methodik (§ 3) und der Gesamtrechtsordnung (§ 4), das durch § 242 bestätigt und korrigiert wird (§ 5). Damit ist die oben aufgestellte Arbeitshypothese als verifiziert anzusehen, und man kommt zu dem Ergebnis:

W e r s i c h i n n e r h a l b d e s k o n k r e t i s i e r t e n S i t u a t i o n s r e c h t s h ä l t, h a t e i n E i n g r i f f s r e c h t u n d h a n d e l t r e c h t m ä ß i g.

2 Ausweitung des Prinzips

Dieses Prinzip wurde anhand der konkretisierten Situationsrechtsvorschriften und für die Kollision mit § 823 I BGB und § 831 BGB entwickelt. Es kann auf alle Fälle ausgeweitet werden, in denen ein nach konkretisiertem Situationsrecht rechtmäßiges Verhalten gegeben ist und die angeblich verletzte Norm einen Aufbau wie § 823 I aufweist. Mit anderen Worten, sobald die Situationsrechtsvorschriften, die ein Verhalten normieren, auf eine Norm treffen, die es auf Erfolg u n d Verhalten abstellt, tritt die Rechtfertigung ein, weil das Verhalten bereits von der Verhaltensnorm erfaßt wird und diese das Prius darstellt. Normen, die es auf Erfolg und Verhalten abstellen, sind durchweg alle Tatbestände des Deliktsrechts. Daher gilt alles, was im Rahmen des § 823 I gesagt ist, auch für die anderen Vorschriften des Deliktsrechts.

3 Das Verhältnis zwischen der neuen und alten Methode der Rechtswidrigkeitsermittlung

Die Ermittlung der Rechtswidrigkeit in § 823 I/§ 831 BGB unterscheidet sich dennoch nicht wesentlich von der bisherigen: Da Rechtswidrigkeit und Tatbestandsverwirklichung identisch sind, ist ein Rechtfertigungsgrund als negatives Tatbestandsmerkmal festzustellen. Stellt der Richter die Einhaltung des Situationsrechts fest, nachdem er dessen Rechtscharakter ermittelt hat, muß er zu der Erkenntnis kommen, daß ein solches "verhaltensnormmäßiges" Verhalten überhaupt nicht unter die Norm

fällt, da diese auch auf den Erfolg abstellt. Weil die Rechtfertigungsgründe negative Tatbestandsmerkmale sind, ist dieser Erfolg nicht unter die fraglichen Vorschriften zu subsumieren.

4 Anwendung des Prinzips

Der erste Schritt der richterlichen Prüfung ist die Auslegung der angeblich verletzten Norm, unter die der Erfolg fällt, daraufhin, ob sie Erfolg u n d Verhalten erfaßt. Dann folgt der zweite Schritt: Der Richter hat sich über die Rechtswidrigkeit des Verhaltens klar zu werden, die ausgeschlossen ist, falls es durch eine Verhaltensnorm geregelt ist. Hierbei hat er insbesondere die Rechtsnatur der konkretisierten Situationsvorschriften zu ermitteln und erst nach Erkenntnis ihrer Qualität als Verhaltensnorm die Rechtmäßigkeit der Gesamthandlung zu bejahen.

So handelt der Polizist rechtmäßig, wenn er unter Beachtung des Schußwaffengesetzes statt des flüchtigen Verbrechers den dazwischentretenden Passanten trifft[1]. Ebenso kann gerechtfertigt sein eine Handlung, die als Gegenmaßnahme gegen eine an sich gerechtfertigte (z.B. durch Nothilfe) Handlung vorgenommen wird. Sie ist dann rechtmäßig, wenn sie in Beachtung einer Norm vorgenommen wird, die Rechtscharakter trägt[2].

---

1) Nach der herrschenden Meinung liegt Rechtmäßigkeit des Verhaltens vor; doch dies wegen "Aufopferung" oder "Gefährdungshaftung". (Vgl. dazu von Turegg in Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1956, S.109; ferner Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Bd., 1956, S.299 ff.).
Doch gibt die Ausdrucksweise "Aufopferung" oder 'Gefährdungshaftung" kein wirkliches Kriterium für die Beurteilung einer Handlung als rechtmäßig oder rechtswidrig. So vor allem Rümelin "Gründe der Schadenszurechnung", S.45 ff. Rümelin sagt ganz klar, daß der Begriff "Gefährdungshaftung" die Handlung nicht freigibt. Daher bedarf auch diese Handlung eines Rechtfertigungsgrundes, was noch nicht gesagt wurde.

2) Man könnte hier zum Beispiel ganz allgemein an den in § 330 c StGB niedergelegten Gedanken denken: Wenn dort die Mindesterfordernisse für die Pflicht einer Hilfeleistung niedergelegt sind, dann sind die oberen Grenzen weitergesteckt: daraus resultiert zumindest ein Recht der Hilfeleistung.

Nach diesem Leitbeispiel läßt sich auch das Beispiel der Operationsverletzung klären, die dem Arzt trotz Anwendung der Kunstregeln unterlaufen ist, aber nicht mehr von der Einwilligung des Patienten getragen wird und getragen werden kann, wenn die Operation tödlich verlaufen ist. Der Richter ermittelt die verletzte Ausgleichsnorm und prüft sie daraufhin, ob sie auf Verhalten und Erfolg abstellt. Danach untersucht er die Rechtmäßigkeit der Handlung, indem er den Rechtscharakter der Kunstregeln nach den drei Grundsätzen prüft. Kommt er zur Bejahung der Rechtsnatur[1], so ist die Handlung rechtmäßig und der Erfolg gerechtfertigt.

4. Abschnitt: Komplementärprobleme

Nach der Lösung der Kernfrage lassen sich die mit der Sozialadäquanz in Zusammenhang stehenden Probleme erklären. Sie gewähren eine Abrundung des gewonnenen Grundsatzes.

§ 1 Die Bezeichnung des Prinzips

Hellmuth M a y e r[2] bezeichnet das Wort "Sozialadäquanz" als "klanglich häßlich und unlateinisch".- Über die klangliche Häßlichkeit läßt sich streiten. Das juristische Ohr ist wie jedes wissenschaftliche Ohr gegen derartige Bildungen abgestumpft, so daß Neubildungen zwar vermieden werden sollen, aber nicht weiterhin auffallen. Die unlateinische Zusammensetzung ist ein schwerwiegendes Argument. Aber wenn die Zusammensetzung prägnant das Gewollte bezeichnet - und dies ist bei der Sozialadäquanz der Fall - wird dieses Argument entkräftet.

---

1) Bezeichnend ist die Ausdrucksweise "lege artis", also lex, das ist aber Gesetz.

2) Strafrecht Allgemeiner Teil 3, insbes. S.111, Note 39.

Jedoch sind gewichtigere, inhaltliche Mängel ins Feld zu führen: Es ist darauf hingewiesen, daß es sich nicht um eine Kollision von Recht und Sozialethik handelt. Ferner drückt das Wort "Adäquanz" nicht das eingeräumte Eingriffsrecht aus; es sagt nicht aus, w a s angepaßt ist, der Erfolg oder nur das Verhalten. Eine "Angepaßtheit" ist daher zu schwach, eine "Angepaßtheit an die Sozialethik" geradezu falsch. Der Name ist daher nicht nur unpassend sondern fehl am Platze. Wenn die Bezeichnungen der "klassischen" Rechtfertigungsgründe mit "Notwehr" und "Notstand" auch nicht alles, was sich hinter diesen juristischen Begriffen verbirgt, zum Ausdruck bringen, so sind sie historisch geworden. Sie sind so stark in der Volksüberzeugung verwurzelt, daß man diese aus der Volksüberzeugung übernommenen Begriffe als termini technici verwandt hat. Sie sind aber auch treffender als "Sozialadäquanz", da sie nicht irreführen. Wenn man sich erst am Anfang der Lehre eines Rechtfertigungsgrundes befindet, sollte man sich um eine treffendere Bezeichnung bemühen. Daher wäre es wohl ein Versuch (aber auch nur ein Versuch) in dieser Richtung, das gefundene Prinzip als "s o z i a l r e c h t l i c h e P r ä v a l e n z" zu bezeichnen.

H. Mayer würde auch diese Namensgebung als klanglich häßlich und unlateinisch und gewiß auch als zu lang ansehen; seine Argumente gelten auch hier. Doch hat der Name "sozialrechtliche Prävalenz" für sich, daß in den drei Wortstämmen das Wesentliche zum Ausdruck kommt: Es handelt sich um R e c h t, und zwar um Recht der S o z i e t a s, (um formalisierte Sozialethik), also um Recht, das speziell oder von der Gemeinschaft entwickelt ist, nämlich um die konkretisierten Situationsrechtsvorschriften; daß dieses Situationsrecht vorgeht und sich d u r c h s e t z t, wo auch gleichzeitig das Eingriffsrecht angedeutet ist.

§ 2 Die Beweislast

Die Frage der Beweislast, die bei den Gegnern und Befürwortern der Sozialadäquanz heftige Diskussionen auslöste, dürfte sich bei der sozialrechtlichen Prävalenz unproblematischer klären.

Da es sich bei der Feststellung der Kollision um eine Lücke im Gesetz handelt, hat der Richter nach dem Grundsatz des "da mihi factum, dabo

tibi ius" selbst die Situationsrechtsvorschriften und deren Einhaltung zu ermitteln. Dem Schädiger muß nachgewiesen werden, daß er gegen die Situationsrechtsvorschriften verstoßen hat. Im übrigen kann der Richter nach § 286 ZPO entscheiden.

§ 3 Der Begriff der objektiv erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Absatz I Satz 2 BGB)

Die häufig gebrachte und oft abgelehnte Behauptung, die Sozialadäquanz habe ihre allgemeine Grundlegung in § 276 I 2 BGB gefunden, kann nicht übergangen werden.

Mit ihr hängt eng die Frage zusammen, ob es im Zivilrecht eine individual bestimmte Fahrlässigkeit gibt.

Trotz der neuartigen Normenbetrachtung wird die Rezeption strafrechtlicher Begriffe ins Zivilrecht nicht ausgesprochen.

1 Verschiedenheit von Rechtswidrigkeit und objektiver Sorgfalt

Ausgangspunkt der Betrachtung ist der Begriff der Verhaltensnorm. Man kann sagen: "Wer sich innerhalb des konkretisierten Situationsrechts bewegt, hält das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt ein." Auch die Einhaltung der in § 276 I 2 BGB umschriebenen Sorgfaltsanforderung stellt auf das Verhalten ab, da es um die Sorgfalt bei Vornahme der H a n d l u n g geht. Insofern liegt ein Berührungspunkt der sozialrechtlichen Prävalenz mit der Fahrlässigkeit vor. Die Identität von Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt und Einhaltung der Situationsrechtsvorschrift und damit die Möglichkeit, sorgfältiges Handeln mit Rechtmäßigkeit gleichzusetzen, erfordert jedoch, daß der gerade aufgestellte Satz sich umkehren ließe: "Wer das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt einhält, bewegt sich innerhalb des Situationsrechts." Das mag im Einzelfall zutreffen. Da man aber aus vielen anderen Gründen objektiv sorgfältig handeln kann, und zwar gerade in den Fällen, wo es um spontane Handlungen geht und der Handelnde sich selbst das erforderliche Maß der Sorgfalt auferlegt hat, ist eine Gleichsetzung von sozialrechtlicher Prävalenz und § 276 I 2 BGB und damit der Rechtmäßigkeit versagt: Rechtmäßigkeit ist nicht wegen Ein-

haltung der objektiv geforderten S o r g f a l t gegeben, vielmehr schon und erst wegen der Einhaltung der S i t u a t i o n s r e c h t s- v o r s c h r i f t e n. Das heißt aber, daß dort,wo das Maß der Sorgfalt, die objektiv gefordert wird, sich bereits in einer Rechtsvorschrift über das Verhalten niedergeschlagen hat, bei deren Einhaltung Rechtmäßigkeit vorliegt.

Eine Gleichsetzung zwischen nicht fahrlässigem Handeln und rechtmäßigem Handeln ist aber auch schon deshalb versagt, weil § 276 I 2 BGB nur darüber eine Aussage macht, wonach die Fahrlässigkeit zu bemessen ist, nicht aber, wann ein Geschehen mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmt. Unrecht ist jedoch das Gegenteil vom Recht; rechtswidrig bedeutet nur und ganz den Widerspruch zur Rechtsordnung, nicht aber zur objektiv erforderlichen Sorgfalt.

2 Der Begriff der Fahrlässigkeit des § 276 I 2 BGB

Der Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 I 2 BGB kann mit der Lehre von der Sozialadäquanz nicht geklärt werden.

21 Die Sozialethik und die Norm des § 276 I 2 BGB

Andererseits kommt man auf Grund der Erkenntnise vom Grundsatz der sozialrechtlichen Prävalenz zu einer vernünftigen Auslegung der Norm des § 276 I 2.

§ 276 nimmt Bezug auf"die Verkehrserfordernisse" das heißt aber, daß die Sozialethik angesprochen ist. Das Recht öffnet sich hier bewußt in Richtung auf die Sozialethik mit dem Hinweis auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Das Recht ist, wie hervorgehoben, formalisierte Sozialethik. Aber nicht alles Handeln kann rechtlich normiert sein, nicht überall soll das Recht die Lebensbereiche reglementieren, um die Spontaneität nicht zu lähmen.

Auf der einen Seite stehen die Normen, die das Verhalten regeln, auf der anderen Seite befindet sich der weite Raum der Spontaneität. Ihr Bereich versteht sich nur aus der Unfähigkeit heraus,alles Verhalten zu regeln, ohne daß die Freiheit des Lebens eingeschränkt wäre. § 276 I 2 schlägt eine Brücke zwischen "Normverhalten" und "Spontanverhalten". Handlungen, die rechtlich nicht normiert sind, stehen außerhalb des Rechts. Das Recht will diese Handlungen global erfassen.

Wo eine Rechtsregel fehlt, soll die Sozialethik als Ersatz aushelfen. Es ist nicht einzusehen, welche andere Bedeutung der Bezugnahme auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zukommen sollte. Wo etwas r e c h t l i c h gefordert ist, das heißt durch eine Rechtsnorm auferlegt ist, braucht es nicht mehr v e r k e h r s erforderlich zu sein, da die Rechtsregel das Verkehrserforderliche miteinbegreift. § 276 I 2 will Handlungen erfassen, die rechtlich nicht normiert sind. Wo keine Verhaltensnorm als Rechtsregel existiert, soll die objektive Sorgfalt herrschen; sie stellt sozusagen das "Minimum an Rücksichtnahme" [1] dar, das man immer walten lassen soll.

Der Begriff des objektiv Erforderlichen in § 276 verlangt nicht nur eine Bezogenheit auf die Regeln der Gemeinschaft, sondern speziell auf die Regeln der Sozialethik. Damit ist eine übliche Verhaltensweise nur dann zulässig, wenn sie ethischen Werten dient. Man kann nämlich auch bei der Steuerhinterziehung oder dem vergangenen Schwarzhandel die nötige Sorgfalt walten lassen, wie der "Verkehr", das heißt die Gemeinschaft es bei diesen Handlungen tut. Doch eine Handlung deshalb als r e c h t m ä ß i g zu bezeichnen, ist versagt, weil die S o z i a l e t h i k verletzt ist. So paßt sich § 276 I 2 BGB durch den Verweis auf die Verkehrsregeln harmonisch in den Aufbau des Normgefüges.

Damit kann der Schluß gezogen werden: Soweit die Sozialethik über § 276 I 2 in den rechtlichen Bereich gerückt ist, ergibt sich bei ihrer Verletzung ein Widerspruch zur Rechtsordnung. Der Widerspruch zur Rechtsordnung wird dadurch begründet, daß § 276 I 2 BGB fordert, man solle sich bei allem rechtlich nicht normierten Handeln (bei allem Handeln, das nicht durch das Recht reglementiert ist) die Verhaltensnorm aus der Sozialethik wählen und sich auferlegen. Diese Verhaltensnorm aus der Sozialethik gibt im Einzelfall die Richtschnur des Handelns ab. So handelt fahrlässig, wer sich keine solche Verhaltensnorm auferlegt, und zwar keine verkehrserforderliche, das heißt nach sozialethischen Gesichtspunkten bemessene Verhaltensnorm.

Da die Einhaltung einer rechtlichen Verhaltensnorm Rechtmäßigkeit begründet, muß die Einhaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt das Rechtswidrigkeitsurteil ausschließen, und zwar nicht nur das Rechtswidrigkeitsurteil über das Verhalten, sondern auch das über den Erfolg, wenn die Norm, nach der die Rechtswidrigkeit bemessen werden soll, auf Verhalten und Erfolg abstellt wie § 823 I / § 831 BGB. Der Handelnde

---

1) Die Bezeichnung ist von Mezger in LK Vorbem. vor § 51 StGB.

kann die verkehrserforderliche Sorgfalt dadurch verletzen, daß er zwar eine Verhaltensnorm findet, aber nicht ihr entsprechend handelt. Der Handelnde kann aber auch deshalb sich verkehrswidrig verhalten, wenn er sich überhaupt keine Verhaltensnorm auferlegt. Diese Unterlassung begründet Rechtswidrigkeit. Auferlegung und Einhaltung der Verhaltensnorm begründet dagegen die Rechtmäßigkeit. § 276 I 2 gehört somit in den Bereich der Rechtswidrigkeit.

Dadurch, daß vom Recht eine Verhaltensnorm - der Sozialethik entsprechend - gefordert wird, ergibt sich bei Mangel einer Verhaltensnorm wegen des Normatisierungsprozesses[1] auf Grund des § 276 I 2 BGB ein Widerspruch mit der Rechtsordnung. Mit anderen Worten:

Fehlt im konkreten Fall eine r e c h t l i c h e Verhaltensnorm, so hat die aus der S o z i a l e t h i k zu entnehmende Regel normativen Charakter. Nicht die Rechtsgutsverletzung ist daher das Wesensmerkmal der Rechtswidrigkeit, sondern die unterlassene Auferlegung der Verhaltensnorm, da die Rechtsgüterverletzung über die Unterlassung der Auferlegung zu einer Verhaltensnorm führt.

Man kann formulieren:
F a h r l ä s s i g k e i t i s t d i e u n t e r l a s s e n e A u f e r l e g u n g e i n e r, v o n d e r S o z i a l e t h i k g e f o r d e r t e n V e r h a l t e n s n o r m[2].

Anders sieht Welzel die Fahrlässigkeit an; Fahrlässigkeit sei die Unterlassung der objektiv erforderlichen Sorgfalt bei einem Mangel an finaler Steuerung. Dabei kommt er jedoch mit der Bestimmung, was zum finalen Element gehört, in Schwierigkeiten[3]; diese Schwierigkeit umgeht Nowakowsky mit der Definition, daß Fahrlässigkeit das "Eingehen eines unerlaubten Risikos ist"[4]. Nowakowsky kommt der hier gebrachten

---

1) Die klanglich häßliche Wortbildung sei wegen ihrer Ausdrucksfähigkeit erlaubt.

2) Die Rechtsnorm kennt nur e i n e, nämlich d i e Verhaltensweise, die Sozialethik dagegen verschiedene. Mit dieser Akzentuierung soll darauf hingedeutet werden, daß es sich bei der Fahrlässigkeit nicht um eine rechtliche, das heißt "gemußt - gesollte" sondern um eine "gesollte" Verhaltensnorm handelt, die aber wieder über § 276 I 2 BGB "gemußt" wird.

3) Strafrecht, 104 ff., System, 30 ff. Zur Kritik vgl. Nowakowsky, in JZ 58 335 ff. und 388 ff.

4) JZ 58 337 r.Spalte.

Formulierung näher, weil auch er die Frage des Riskanten nicht über die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit entscheiden lassen will, sondern eher seiner Erlaubtheit.

22 Das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt

Über das Maß der objektiven Sorgfalt kann das Recht keine Aussage machen, eben weil es auf etwas anderes, nämlich auf die Sozialethik Bezug nimmt. Würde das Recht über das Maß etwas aussagen, dann läge keine Sozialethik mehr vor. Da die sozialethischen Regeln nur in Ermanglung von rechtlichen Regeln Anwendung finden, ist die Suche nach einem rechtlich normierten Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt falsch angelegt und zum Scheitern verurteilt, auch logisch unrichtig, weil es im Widerspruch zur Vorschrift des § 276 I 2 geschieht: Man kann das Maß nur nach nichtrechtlichen, sozialethischen Gesichtspunkten bestimmen.

Henkel[1] bezeichnet das (tatbezogene) Fahrlässigkeitsurteil konkretisierend aber generell.

Das trifft auch für die hier gebrachte Auffassung zu. Konkret ist es, weil das Urteil der Fahrlässigkeit eine fehlende Verhaltensnorm ermittelt; generell, weil es sich um eine Verhaltens norm handelt, die einen generellen Maßstab erhält, nämlich den der Sozialethik.

Auch Steindorffs[2] Ausführungen laufen in dieser Richtung. Er will je nach dem Rechtsverhältnis das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt abstufen. Dem ist zuzustimmen: Es ist aber festgestellt, daß sich das Recht nur an Menschen richtet und daher auch nur Menschenmögliches fordert. Hinzu tritt der Gleichheitsgrundsatz (Art.3 I GG), der alle Menschen vor dem Gesetz gleich sein läßt. Dies bedeutet aber, daß ungleiche Tatbestände vor dem Gesetz auch ungleich behandelt werden müssen. Weil aber § 276 I 2 BGB im konkreten Fall die Sozialethik normatisiert, so muß auch der Haftungsmaßstab je nach dem konkreten Lebensbereich in dem eine Verhaltensnorm der Sozialethik auferlegt werden soll, verschieden sein.

---

1) Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit des regulativen Schuldprinzips in Festschr. f.Mezger 1953, 252 ff., insbes. 284 f.

2) JZ 59 1 ff. (Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer) vgl. dazu auch BAG JZ 56 254 mit Anmerkung von Herschel: Auch hier die Tendenz, die Fahrlässigkeit radikal nach Lebensbereichen zu graduieren.

23 Fahrlässige und unvorsätzliche Handlungen

Eine nicht vorsätzlich begangene Handlung kann nach dieser Auffassung unter zwei Kategorien fallen:

a) Ist die Handlung beziehungsweise das Verhalten durch eine rechtliche Verhaltensnorm geregelt, dann scheidet die Rechtswidrigkeit wegen sozialrechtlicher Prävalenz aus.

Es handelt sich hier um eine unvorsätzliche Tat, die nicht als fahrlässig zu bezeichnen ist. Nach der sich aus dem Normgefüge und dem Wortlaut des § 276 I 2 BGB ergebenden Definition kann keine Fahrlässigkeit gegeben sein. Daß diese Handlung andererseits zur Haftung führt, wenn nicht sozialrechtliche Prävalenz vorliegt, ist einsichtig, da dann eine r e c h t s w i d r i g e Tat besteht; der Handelnde haftet für die Außerachtlassung der objektiv erforderlichen Sorgfalt, die die Haftungsgrenze darstellt[1].

b) Die Handlung kann auch als rechtlich n i c h t n o r m i e r t e, spontane begangen werden. Dann ist die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, falls die Handlung als sozialethisch normierte vorgenommen wird.

Nur in diesem letzteren Falle gewinnt der Begriff "Fahrlässigkeit" Bedeutung. Im ersteren darf man überhaupt keine Fahrlässigkeitsprüfung vornehmen, da diese gegenstandslos ist: Der Verletzer kann nur fahrlässig (beziehungsweise nicht fahrlässig) handeln und die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzen (beziehungsweise einhalten), wenn diese eine Rolle spielt.

Nur hier gibt sich eine "Angepaßtheit an die Gemeinschaft", eine "Sozialadäquanz". Die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt ist aber kein Rechtfertigungsgrund. Es zeigt sich so deutlich, daß eine nicht-fahrlässige, das heißt rechtmäßige Handlung aus einem Deliktstatbestand herausfällt.[2]
So streng Welzel auch die Scheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit durchgeführt wissen will, so muß er doch selbst "offene" Tatbestände zugeben. Solche "offene" Tatbestände werden zu "geschlossenen", wenn die Fahrlässigkeit feststeht; fehlt die Fahrlässigkeit, so ist

---

1) Dieser Schluß a maiore ad minus ist auf Grund des Gedankens, daß die Sozialethik über § 276 normatisiert wird, möglich, da somit zwei kommensurable Größen (Haftung aus R e c h t s verletzung!) vorliegen.

2) Hier ist also gemeint: Nicht-Fahrlässigkeit ist das Gegenteil v Fahrlässigkeit

auch der Tatbestand nicht erfüllt[1]. Dann ist aber ein Begriff wie die Sozialadäquanz völlig überflüssig.

3 Fahrlässigkeit und Verschulden im Zivilrecht[2]

Das Ergebnis der vorhergehenden Untersuchung ist, daß der Begriff der objektiven Fahrlässigkeit, wie er in § 276 I 2 BGB niedergelegt ist, der Rechtswidrigkeit zuzuordnen ist.

In der Literatur wird dagegen überwiegend die Auffassung vertreten, daß die Fahrlässigkeit eine Schuldform darstelle[3]. Da die objektive Fahrlässigkeit aber als Verschuldensart nach unseren Ausführungen ausscheidet, ist diese Auffassung angesichts der sozialrechtlichen Prävalenz nicht aufrecht zu halten.
Es erhebt sich dann die Frage, wie die Schuld im Zivilrecht darzustellen ist.

31 Das Wesen des Verschuldens allgemein

Schuld ist ein Werturteil der Rechtsordnung über den Täter. Sie ist der Vorwurf der Rechtsordnung, daß der Täter sich rechtswidrig verhalten hat. Im Gegensatz zur Rechtswidrigkeit, die eine Feststellung der Rechtsordnungswidrigkeit zum Ausdruck bringt, wird mit der Schuld dem Handelnden das Tatverhalten persönlich vorgeworfen[4]. Die Tat wird ihm zugerechnet.

Die Zurechnung der Tat setzt voraus, daß der Täter die Eigenschaften besessen hat, um das Rechtswidrige seines Verhaltens zu kennen. Daraus folgt die Forderung, daß der Täter die Deliktsfähigkeit nach §§ 827, 828 BGB gehabt hat.

---

1) Vgl. hierzu Nowakowsky, (JZ 58 390) der auf Grund anderer Ausführungen zum gleichen Ergebnis kommt: "Sozialadäquanz und erlaubtes Risiko hier und Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt dort, sind sachlich gleichbedeutende Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die Verbotsmaterie, die im Tatbestand sachgegenständlich umschrieben sind."

2) Vgl. dazu Nipperdey, NJW 57, 1777; Niese, JZ 56 462; Wussow, NJW 58 891 und oben 1.Teil der Darstellung.

3) Vgl. statt aller die Verweise bei Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., § 213.

4) Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., S.1319 ff.; Larenz, Lehrbuch II, 1959, S.346/47.

Ob darüber hinaus auch das Unrechtsbewußtsein im Handelnden gegeben sein muß, wie es die Strafrechtslehre verlangt[1], ist im Zivilrecht für die nicht vorsätzliche Tat strittig. Nipperdey setzt sich dafür ein, daß das Unrechtsbewußtsein eine Schuldvoraussetzung ist[2].

32 Die objektive Fahrlässigkeit und die individuelle Schuld

Die beiden Erscheinungsformen der Schuld sind nach der herrschenden Meinung Vorsatz und Fahrlässigkeit[3].

Diese Auffassung ist jedoch angreifbar. Aus der hier dargestellten Lehre von der sozialrechtlichen Prävalenz und aus der Lehre von der Sozialadäquanz ergibt sich ein anderes.

Nipperdey tritt für einen individuellen, persönlichen Schuldbegriff ein[4] und stellt fest, daß die herrschende Meinung bei der Vorsatztat das Unrechtsbewußtsein als spezielles Moment verlange, bei der nicht vorsätzlich begangenen Handlung dagegen sich mit der objektiven Zurechnung begnüge[5]. Diese ungleiche Behandlung führe zu einer "Exklave in der Verschuldenhaftung", wie sie dem BGB zugrunde liege[6].

Nipperdey stützt seine Auffassung von der individuellen Schuld auf zwei Argumente:
Einmal habe das Verschulden keine ausschließliche Regelung im BGB erfahren. § 276 und §§ 827/828 könnten nicht den Anspruch erheben, eindeutig abschließend das Verschulden und seine Voraussetzungen zu zu erfassen.

Der Schuldbegriff sei im BGB lückenhaft geregelt. Diese Lücken könnten nur von Lehre und Rechtsprechung ausgefüllt werden.

Das zweite Argument leitet Nipperdey aus der Gesamtrechtsordnung ab. Da Art. 1 GG die Würde des Menschen schütze, stelle diese Norm einen Appell an die Verantwortung des Menschen dar[7], so daß das Erfordernis

---

1) Welzel, Das neue Bild, S.40 ff.; Schönke-Schröder zu § 51 StGB.
2) Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., S.1320.
3) Enneccerus-Lehmann, 15.Aufl., S.191; Larenz, Lehrbuch I, S.188; Palandt zu § 276.
4) NJW 1957 1777 ff.; Enneccerus-Nipperdey, 15.Aufl., S.1320 ff.
5) so auch Larenz, Lehrbuch II, S.347.
6) Enneccerus-Nipperdey, S.1322.
7) a.a.O., S.1324.

einer individuellen Schuld die notwendige Konsequenz sei. Die Anerkennung einer individuellen Schuld bedeute für die fahrlässige Handlung, daß die individuelle Vermeidbarkeit der Handlung als konstitutives Schuldelement angesehen werden muß[1].

33 Die individuelle Vermeidbarkeit

Den Kern der persönlichen Schuldauffassung stellt somit die individuelle Vermeidbarkeit dar.

331 Nipperdey meint[2], die herrschende Meinung nehme - verborgen - ebenfalls eine individuelle Schuldprüfung vor, sobald sie das Maß der Fahrlässigkeit nach typisierten Gruppen bestimme. Hier ist Nipperdey jedoch nicht zu folgen. Wenn das Haftungsmaß nach einer typischen Gruppe ermittelt wird, bedeutet diese Methode nichts anderes, als daß die Normen einer kleineren Gemeinschaft beziehungsweise eines sozialen Lebensbereichs zur Bestimmung des Haftungsmaßstabs herangezogen werden. D i e s e Methode ist daher nicht als verdeckte individuelle Schuldprüfung zu bezeichnen. Sie kann eher als Durchbruch der sozialethischen Vorschriften im Rahmen der Rechtswidrigkeit bezeichnet werden, da Regeln der Gemeinschaft als maßgebend angesehen werden. Das von Nipperdey gebrachte Argument würde dann die Auffassung, daß § 276 I 2 der Rechtswidrigkeit zuzuordnen ist, bestärken.

332 Es ist nicht einzusehen, warum das Erfordernis der individuellen Schuld aus dem Schutz der Menschenwürde abzuleiten ist. Die Menschenwürde erführe - so meint Nipperdey - eine Verletzung, falls als Schuldvoraussetzung die Deliktsfähigkeit etc. (§§ 827/828) und vielleicht auch das Unrechtsbewußtsein geleugnet würden. Dem ist nicht zu folgen. Da jedoch die Vorschriften der §§ 827, 828 existieren, ist dem Schutz der Menschenwürde schon insofern Genüge getan, als dadurch dem 'Appell an die Verantwortlichkeit" stattgegeben ist.

333 Nipperdeys Forderung nach einer individuellen Schuldprüfung mag berechtigt sein. Es ist auch nicht zu leugnen, daß gewisse Begriffe vom Gesetzgeber nicht vollständig geregelt sind.
Doch ist auf folgendes hinzuweisen.
§ 276 als allgemeine Bestimmung des Schuldrechts definiert expressis

---

1) a.a.O., S.1322.
2) NJW 57 1777 ff.

verbis die Fahrlässigkeit. Die in § 823 I BGB angesprochene Fahrlässigkeit entspricht dem in § 276 I 2 BGB niedergelegten Begriff. Wenn § 823 I aussagt, daß der Verletzer Schadenersatz zu leisten hat, sobald eine Verletzungshandlung gegeben ist, die fahrlässig begangen wurde, so ist außer der Schuldvoraussetzung nach §§ 827/828 kein Platz mehr für eine weitere Schulduntersuchung. Dadurch würden die gesetzlich umrissenen Haftungsvoraussetzungen eingeschränkt werden. Dem Geschädigten würde die Durchsetzung des Ersatzanspruchs wegen der restriktiven Auslegung verwehrt sein, obwohl die Haftungsvoraussetzungen der § 823, §§ 827/828 vorliegen.

Damit kommt man aber zu einer Haftung für tatbestandsmäßig-rechtswidriges Handeln.

In diesem Zusammenhang erhält die Klärung des Rechtswidrigkeitsbegriffs neue Bedeutung. Der römischrechtliche Grundsatz der Verschuldungshaftung des bürgerlichen Rechts ist nur im Begriff abgeändert, nicht jedoch in der Sache. § 276 besteht seit dem Jahre 1900; die Auslegung wird durch die hier gebrachte Darstellung nur präzisiert, nicht geändert. Jedoch in der dogmatischen Einordnung ist ein Wandel vollzogen.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Die Diskussion um die Sozialadäquanz nahm ihren Ausgang im Strafrecht und griff in das Zivilrecht über. Es ist versucht worden, sie in das Zivilrecht einzubauen. Das Ergebnis ist der Begriff der sozialrechtlichen Prävalenz. Eine Rechtfertigung des Verhaltens und die Einräumung eines Eingriffsrechts ist nur dadurch erreicht, daß das Recht und das Rechtsgefüge aus einem anderen Blickwinkel betrachtet werden. Damit war eine neuartige Auslegung des § 823 Absatz I BGB notwendig verbunden. Daraus ergaben sich Konsequenzen für die mit dem Ausgangsproblem in Zusammenhang gebrachten Fragen. Das Prinzip der sozialrechtlichen Prävalenz ergab sich zwar nur im Bereich des Deliktsrechts für den Fall, daß eine Verhaltensnorm mit einer Ausgleichsnorm, die gleichzeitig eine Verhaltensnorm mitumfaßt, aufeinandertrifft. Unter diesen Voraussetzungen gilt es aber auch für andere Rechtgebiete.

L I T E R A T U R A N G A B E

Baumann	Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung und Sozialadäquanz, MDR 1957, 646
Beling	Die Lehre vom Verbrechen (zitiert "Verbrechen") Tübingen 1906
Beling	"Vom Positivismus zum Naturrecht und wieder zurück", AcP 133 Beilage (Festgabe für Heck, Rümelin, A.B.Schmidt)
Bettermann	Mehrere Rechtswidrigkeiten, NJW 1957, 986
Binding	Die Normen und ihre Übertretung (zitiert: Normen), 4 Bände, Leipzig 1872
Bindokat	Mehrerlei Unrecht? JZ 1958, 553
Bode	Zivilrecht und Rechtswidrigkeit im Verkehrsrecht, DAR 1957, 173
Bruns R.	Recht, Gesetz und Richterspruch, JZ 1958, 385
Coing	Grundsätze der Rechtsphilosophie (zitiert: Grundzüge), Berlin 1950
Dietz	Streik zur Durchsetzung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, Festschr. f. Herschel, 1955
Dohna	Die Rechtswidrigkeit, 1905
Dohna	Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn 1946
Engisch	Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände (zitiert: Kausalität), Tübingen 1931
Engisch	Die Einheit der Rechtsordnung (zitiert: Einheit), Heidelberg 1935
Engisch	Vom Weltbild des Juristen (zitiert: Weltbild), Heidelberg 1950
Engisch	Die Idee der Konkretisierung in Recht und R-Wissenschaft (zitiert: Idee), Heidelberg 1953
Ermann	Kommentar zum BGB, (2.Aufl.), Münster 1958

Esser J. — Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates (zitiert: Einführung), Wien 1949

Esser J. — BGB-Schuldrecht, (1.Aufl.), Karlsruhe 1949

Esser J. — Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129

Ferneck — Die Rechtswidrigkeit, 2 Bände, Jena 1903/1905

Fischer H.A. — Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (zitiert: Rechtswidrigkeit), München 1911

Gallas — Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW Band 67

Harms — Apriorität des Rechts und materielle Rechtswidrigkeit StrAbh, Band 318, Breslau 1933

Heck — Interessenjurisprudenz und Gesetzesauslegung, AcP 112, S.1 ff.

Hegeler — Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, Festschr. f. Franck I, 1930

Heinitz — Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, StAbh, Band 211, Breslau 1926

Henkel — Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit des regulativen Schuldprinzips, Festschr. f. Mezger, 1953

Hippel E. von — Einführung in die Rechtstheorie, Münster 1955

Hubmann — Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch, JZ 58, 489

Hueck A. — Grenzen des rechtmäßigen Streiks, Festschr. f. Herschel 1955

Isay — Rechtsnorm und Entscheidung (zitiert: Rechtsnorm), Berlin/Breslau 1929

Kant — Die drei Kritiken im Zusammenhang mit dem Gesamtwerk, (Kröner-Ausgabe), Leipzig 1933

Kantorowicz (Gnaeus Flavius) — Rechtswissenschaft und Soziologie, Tübingen 1911

Kern	Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW Band 64
Kissin	Die Rechtspflicht zum Handeln, StAbh Bd. 317
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Bände (zitiert: Schuldrecht), München 1956/57 und 1959/60
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft (zitiert: Methodenlehre), Berlin,Stuttgart,Heidelberg 1960
Laun	Recht und Sittlichkeit, (3.Aufl.), Berlin 1935
Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Enneccerus) Recht der Schuldverhältnisse (zitiert: Enneccerus-Lehmann), 14.Aufl., Tübingen 1954, 15.Aufl., Tübingen 1958
Liszt-Schmid	Lehrbuch des Strafrechts, 16./17.Aufl., 1927
Maurach	Deutsches Strafrecht, 1.Band, Karlsruhe 1958
May	Verkehrsrichtiges Verhalten als Rechtsfertigungsgrund, NJW 58, 1262
Mayer H.	Das Strafrecht des deutschen Volkes (zitiert: Strafrecht), Stuttgart/Köln 1953
Mayer M.E.	Rechtsnormen und Kulturnormen, StAbh, Band 50
Mezger	Strafrecht, Ein Studienbuch (zitiert: StuB), 1. u. 2.Teil, München 1955,(6.Aufl.)
Mezger	in "Das Reichsstrafgesetzbuch" (Leipziger Kommentar), Berlin 1957
Nagler	Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Festschr. f. Franck I, 1930
Nagler	Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938)
Niese	Streik und Strafrecht, Tübingen 1954
Niese	Strafrechtsdogmatik und Zivilrecht, JZ 56, 456
Nikisch	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2.Band, Tübingen 1959
Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Enneccerus) Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (zitiert: Enneccerus-Nipperdey), 14.Aufl., Tübingen 1955 und 15.Aufl., Tübingen 1960

Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts (Hueck-Nipperdey) (zitiert: Arbeitsrecht), 2.Band, Berlin 1957
Nipperdey	Sozialadäquanz, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit und Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777
Nowakowsky	Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 58, 335 ff. und 388 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, München 1958
Radbruch	Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 ff.
Radbruch	Rechtsphilosophie, Stuttgart 1956
Reichel	Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915
Richter	Schuld im Zivilrecht, NJW 1958, 1171
Rosenstock	Vom Industrierecht, Berlin/Breslau 1926
Rümelin	Gründe der Schadenszurechnung, 1896
Sauer	Grundlagen der Gesellschaft. Eine Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie (zitiert: Gesellschaft), Berlin 1924
Sauer	Allgemeine Strafrechtslehre (zitiert: Strafrecht), Berlin 1949
Scheyhing	Volksbräuche und Rechtsordnung, JZ 1959, 239
Schmidt R.	Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie, NJW 1958, 488
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch Kommentar, München 1954
Siebert	in Soergel Kommentar zum BGB, Stuttgart/Köln 1952
Stammler	Rechtsphilosophie 1905
Staudinger	Kommentar zum BGB (Aufl. im Text zitiert)
Steindorff	Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 59 1
Stoll	Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, 137
Traeger	Der Kausalbegriff im Strafrecht und Zivilrecht (zitiert: Kausalbegriff), Marburg 1904

Welzel — Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Göttingen 1935

Welzel — Das deutsche Strafrecht, 2.Aufl., Berlin 1949 und 5.Aufl., Berlin 1956, 6.Aufl., Berlin 1958

Welzel — Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1955

Welzel — Das neue Bild des Strafrechtssytems 1957 (zitiert: System)

Westermann — Sachenrecht, Karlsruhe 1953

Wieacker — zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956

Wieacker — Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1957, 535

Wundt — Ethik, 2 Bände, Stuttgart 1903

Wussow — Zur Lehre von der Sozialadäquanz, NJW 58, 891

Wüstendorfer — Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtfertigung, AcP, Band 110

Zippelius — Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht, NJW 57, 1707

Zitelmann — Ausschluß der Rechtswidrigkeit, AcP, Band 99, Tübingen 1906

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

ABGB	- Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	- Archiv für die civilistische Praxis
A f R-u.WPh	- Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
ALR	- preußisches allgemeines Landrecht
BAG	- Bundesarbeitsgericht
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGH Z St	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen beziehungsweise Strafsachen
DAR	- Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DRiZ	- Deutsche Richterzeitung
Dt	- Deutsch
GG	- Bonner Grundgesetz
GS	- Sammlung "Der Gerichtssaal"
GSZ	- Entscheidungen des Großen Senats des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
JW	- Juristische Wochenschrift
JZ	- Juristenzeitung
Lb	- Lehrbuch
LK	- Kommentar zum StGB, hgg. von Jagusch, Nagler, Mezger
LM	- Sammlung zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs von Lindenmaier-Möhring
MDR	- Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
RG Z, St	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen beziehungsweise Strafsachen
RGRK	- Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB

RW	- Rechtswidrigkeit
SchR	- Schuldrecht
SJZ	- Süddeutsche Juristenzeitschrift
StAbh	- Strafrechtliche Abhandlungen
StGB	- Strafgesetzbuch
StR	- Strafrecht
StVG	- Straßenverkehrsgesetz
StVO	- Straßenverkehrsordnung
ZGB	- Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	- Zivilprozeßordnung
ZStW	- Zeitung für die gesamte Strafrechtswissenschaft

L e b e n s l a u f

Am 5. Nov. 1934 wurde ich als fünftes Kind des 1947 verstorbenen Privatschuldirektors Ludwig Zimmermann und seiner Ehefrau Anne-Maria, geb. Lob, in Duisburg geboren und römisch-katholisch getauft.

Vom Herbst 1941 bis Frühjahr 1943 besuchte ich die Volksschule in Mülheim-Ruhr, wo meine Eltern bis 1950 wohnten.

An der Kinderlandverschickung nahm ich nicht teil, sondern wurde privat auf die höhere Schule vorbereitet.

Ich wurde 1946 auf dem humanistischen Landfermann-Gymnasium in Duisburg aufgenommen und legte dort nach neunjähriger Schulzeit Ostern 1955 die Reifeprüfung ab.

Seit dem Sommersemester 1955 studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar zuerst 2 Semester in Köln, dann 1 Semester in Freiburg, von da ab an der Universität München. Nach einem Studium von 7 Semestern legte ich vor dem Bayrischen Landesjustizprüfungsamt München die Erste Juristische Staatsprüfung im Januar 1958 ab. Danach erhielt ich von Herrn Professor Dr. Dietz das Thema meiner Dissertation.

Von dem jur. Vorbereitungsdienst habe ich bisher nur ein halbes Jahr abgeleistet, da ich mich meiner Dissertation und dem Studium der Betriebswirtschaftslehre gewidmet habe.